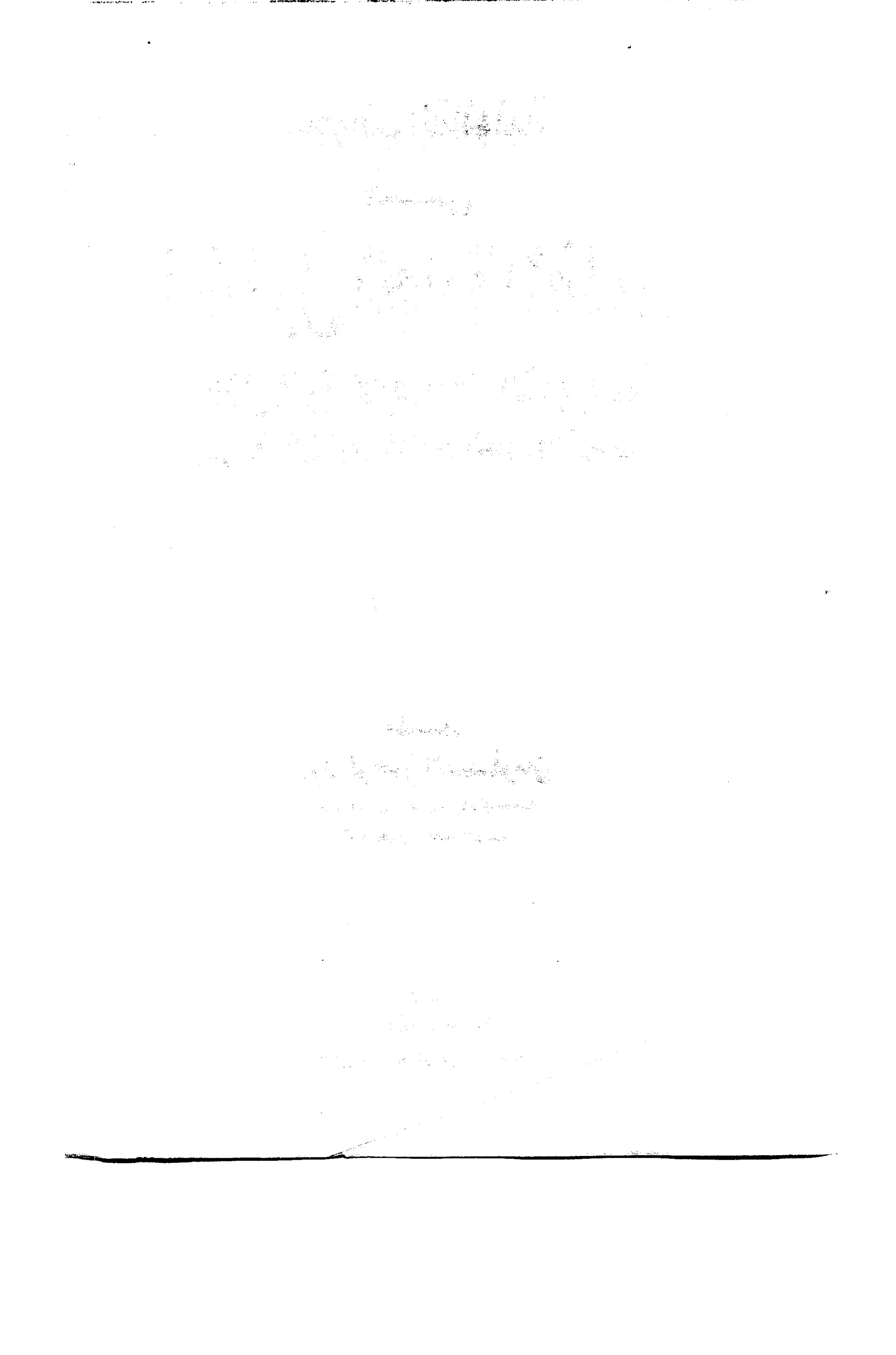
الجوانب القانونية
فـــى
تشغيل تجارة المفلس
خلال فترة الإجراءات التمهيدية
(دراسة مقارنة بين القانونين المصرى والفرنسى)

دكتـــور
عبد الرحمن السيد قرمان
استاذ القانون التجارى والبحرى المساعد
كلية الحقوق - جامعة المنوفية

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ ش عبد الخالق ثروت- القاهرة



إهداء

إلـــــى

.... من أمضي حياته يعطى دون انتظار لرد

.... من أعطانى مالم تعطه له الأيام ... وكان سعيدا

.... المعلم الذى لم يكف عن تعليمى ... رغم غيابه عن النظر

فهو دائما فى القلب

إلى روح والـــدى .... غفر الله له وأســكنه فسيــح جناتــه

وجعلنــا ممــا ينتفــع بـــه

مقدمة

١ - يعتبر صدور حكم شهر الإفلاس بمثابة إشارة البدء لتطبيق سلسلة من الإجراءات والقواعد التي تهدف ، من خلال التنفيذ الجماعي على أموال المفلس ، إلي حماية الدائنين ومعاقبة المدين السيئ punir le mauvais débiteur . فبمجرد صدور حكم الإفلاس يقوم قاضي التفليسة ،أو من يندبه لذلك ، بوضع الأختام على محال المفلس ومكاتبه وخزائنه ودفاتره وأوراقه ومنقولاته ،ثم يشرع في جرد أموال المفلس [١]، وتتوالي بعد ذلك إجراءات رفع الأختام والجرد ، لكي يتمكن أمين التفليسة من حصر ما للمفلس من حقوق وما عليه من ديون لتحقيقها والوقوف علي حقيقة حالته المالية . كما يجوز للمحكمة بناء على طلب قاضي التفليسة أو النيابة العامة أو أمين التفليسة أو المراقب أن تأمر عند الإقتضاء بالتحفظ على شخص المفلس أو بمنعه من مغادرة البلاد لمدة محددة قابلة للتجديد[٢]. ولا يجوز للمفلس أن يتغيب عن موطنه دون أن يخطر أمين التفليسة كتابة بمحل وجوده . ولا يجوز له أن يغير موطنه إلا بإذن من قاضي التفليسة [٣] . هذا فضلا عن سقوط بعض الحقوق السياسية والمدنية للمفلس [٤].

---

(١) راجع المادة ٦٣٣ ومابعدها من قانون التجارة المصرى الجديد .
(٢) راجع المادة ٥٨٦ من قانون التجارة المصرى الجديد .
(٣) راجع المادة ٥٨٧ من قانون التجارة المصرى الجديد .
(٤) راجع المادة ٥٨٨ من قانون التجارة المصرى الجديد .

ومنذ صدور حكم شهر الإفلاس تغل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، ويتولي أمين التفليسة المحافظة علي هذه الأموال وإدارتها أو التصرف فيها نيابة عن المفلس تحت إشراف قاضي التفليسة . وإعتبارا من تاريخ هذا الحكم ينخرط الدائنون في جماعة la masse يقوم أمين التفليسة بتمثيلها ورعاية مصالحها . ويخضع أعضاء هذه الجماعة لمبدأ المساواة le principe de l'égalitè الذى يقضى منعهم من إتخاذ الإجراءات الإنفرادية علي أموال المفلس ، سواء كانت دعاوى مطالبة بالدين أو إجراءات تنفيذ ،كما يقتضى هذا المبدأ سقوط آجال الديون ووقف سريان الفوائد ، حتي يستطيع أمين التفليسة تحديد ديون المفلس .

وتسير إجراءات الإفلاس في طريق حشد أموال المفلس ، ما له وما عليه ، والمحافظة عليها حتى يحين وقت إجتماع الدائنون في جمعية الصلح التي يتقرر خلالها مصير المفلس والتفليسة ، إما بالصلح مع المفلس ، وبالتالي تزول آثار الإفلاس حيث ينتهي غل اليد وينفرط عقد جماعة الدائنين ويعود المفلس سيدا علي أمواله كما كان قبل صدور حكم شهر الإفلاس. أما إذا كان القرار برفض الصلح ، فيصبح الدائنون في حالة إتحاد ، وبالتالي تبدأ إجراءات تصفية أموال المفلس وتوزيع ثمنها على الدائنين.

٢- ولما كانت الإجراءات التمهيدية ، التى تبدأ بصدور حكم شهر

الإفلاس وحتي تنعقد جلسة الصلح ، قد يطول أمدها والمدين مغلول اليد عن إدارة أمواله والتصرف فيها . ولما كان أمين التفليسة ، الذي يفترض أنه يقوم بإدارة تلك الأموال نيابة عن المفلس يكون مشغولاً في إتخاذ إجراءات جرد هذه الأموال والتحفظ عليها وتحقيق الديون . في ظل هذه الظروف يثور التساؤل عن مشروع المفلس وتجارته ، هل يتوقف نشاطها حتى تنتهي هذه الفترة التمهيدية وتنعقد جلسة الصلح ويتحدد مصير المفلس والتفليسة ؟ أم أنه يمكن الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس خلال هذه الفترة حتي يصدر الدائنون قرارهم في جلسة الصلح ؟.

الإجابة على هذين التساؤلين تتوقف علي ما لكل منهما من مزايا وعيوب ، فالقول بوقف النشاط يتخوف من زيادة الديون والإنحراف والتواطؤ الذي يصاحب الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، ولا شك أن ذلك يضر بالدائنين ويضعف فرصة حصولهم على حقوقهم كاملة . هذا فضلا عن أن حكم شهر الإفلاس لا يصدر إلا بعد وصول التاجر إلي حالة التوقف عن الدفع ، وهي حالة تعبر عن إضطراب الأعمال المالية للتاجر ووصوله إلى مركز مالي ميئوس منه نتيجة مروره بضائقه مالية مستحكمة يتزعزع معها ائتمانه وتتعرض بها حقوق دائنيه للخطر ، مما يعني أنه لا يرجى خير من وراء الإستمرار في تجارة المفلس .

أما القول بإمكان الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، خلال هذه

الفترة التمهيدية وحتي تنعقد جلسة الصلح ، فيستند إلى الفائدة التي تعود علي أصحاب الشأن ، الدائنون والمفلس والمجتمع ، من وراء المحافظة علي مشروع المفلس وعدم إنهياره نتيجة وقف نشاطه وتفرق عملائه وانصرافهم عنه [١] ، لأن هذا الإستمرار من شأنه المحافظة على قيمة المحل التجاري نتيجة إحتفاظه بعملائه ، مما يزيد فرصة المفلس في الوصول إلي الصلح مع الدائنين والعودة إلي تجارته وهي ما تزال في حالة تسمح بالاستمرار ، وذلك بعكس الوضع لو تم إغلاق المتجر وتوقف النشاط .إما بالنسبة للدائنين فلا شك أن ذلك يعود عليهم بمزايا كثيرة ، فهو يحافظ على قيمة المحل التجاري مما يزيد من فرصة حصولهم على أكبر قدر من ديونهم ، سواء نتيجة العائد من التشغيل أو في حالة بيعه وهو محتفظ بعملائه وعناصره الأخرى مما يزيد ثمن البيع. وفي حالة نجاح الإستمرار فى التشغيل فإن ذلك قد يكون دافعا لهم لقبول الصلح مع المفلس . وللمحافظة على مصلحة الدائنين فإن هذا الإستمرار سيتم بإذن من قاضي التفليسة وتحت رقابته .

---

(١) راجع أ.د/ محسن شفيق ، القانون التجاري المصرى ، الجزء الثانى الافلاس ، الطبعة الأولى ١٩٥١ ، رقم ٤٦١ ص ٤٦٦ ، أ.د/ على البارودى ، أ.د/ محمد فريد العرينى ، القانون التجارى ، الجزء الأول ، الأوراق التجارية والافلاس ، طبعة ٢٠٠٠، رقم ٢٥٦-٦. ص ٣٦٦ .

أ.د / حسنى المصرى ، الافلاس ، الطبعة الأولي ، ١٩٨٨ ، رقم ٣٤٥ ص ٤٢٣ - ٤٢٤ ، آ.د/ على حسن يونس ، الإفلاس ، مطابع دار الكتاب العربى بمصر ، بدون سنة طبع ، رقم ٣٠٠. وأيضا :

Leon RiGot - Muller , L'exploitation du commerce pendant la Faillite , Thèse , lyon , 1934 , p. 4 et 5.

هذا بالإضافة إلي ما يمكن أن يعود على المجتمع من وراء إستمرار تجارة المفلس من فوائد تتمثل في عدم زوال إحدي وحداته الإقتصادية والإجتماعية ، بما ينشأعنه من زيادة البطالة وإضطراب مواجهة حاجات السوق من السلع والخدمات ، وخاصة إذا كان مشروع المفلس أحد المشروعات الكبيرة ذات الأهمية الاستراتيجية .

٣- واختيار أحد هذين الحلين يتوقف أيضا على الفلسفة التي يقوم عليها التشريع والمصالح التي يهدف المشرع إلى حمايتها ، حيث يناسب كل خيارمنهما ظروف مجتمع معين وقد لايتناسب مع ظروف مجتمع آخر ، وفي المجتمع الواحد قد يختلف الوضع الذي يختاره المشرع مع تغير الظروف السياسية والإقتصادية والإجتماعية للمجتمع. وقد يأخذ المشرع بنظام يجمع بين الأمرين بصورة يتجنب فيها عيوب كل منهما منفردا بحيث يحافظ على مصالح الدائنين والمفلس والمجتمع.وهنا يثور التساؤل عن الوضع الذي إختاره المشرع المصري ، هل تتوقف تجارة المفلس حتي يجتمع الدائنون في جلسة الصلح ويقرروا مصيرها ،أم يستمر في تشغيلها حتى يصدر قرار هؤلاء الدائنون إما بالصلح وإما بالاتحاد والتصفية ؟

موضوع البحث واهميته :

٤- يدور هذا البحث حول الموقف الذي أخذ به المشرع المصري في قانون التجارة الجديد بشأن موقف تجارة المفلس خلال فترة الإجراءات التمهيدية la période preparatoire ، وهي الفترة التي تبدأ من تاريخ صدور حكم شهر الإفلاس وتنتهي بتقريرمصير التفليسة بموجب القرار الصادر من الدائنين في جمعية الصلح ، التي تنتهي إما بالصلح بين المفلس وجماعة الدائنين بالأغلبية والإجراءات المقررة ، وإما بقيام حالة الإتحاد وتصفية أموال المفلس وتوزيع الثمن على الدائنين .

ويتضح من نصوص بعض المواد في هذا القانون [١]،أن المشرع المصري يضع في اعتباره مسألة الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس خلال هذه الفترة [٢]، حيث أجازت المادة ١/٦٤ " لقاصي التفليسة بناء على طلب أمينها أو طلب المفلس وبعد أخذ رأي المراقب ، أن يأذن بالإستمرار في تشغيل المتجر ، إذا إقتضت ذلك المصلحة العامة أو مصلحة المفلس أو الدائنين .

---

(١) راجع المادة ٦٣٥ /هـ وهى تقابل المادة ٢٦٠ / ثالثا من قانون التجارة المصرى الملغى والمادة٦٤٥ من قانون التجارة الجديد ، وهى تقابل أنمادتين ٢٦٢ ، ٢٨٥ من قانون التجارة المصرى الملغى .

(٢) وبشأن استمرار تجارة المفلس خلال قيام حالة الاتحاد ، راجع المادة ٦٨٧ من قانون التجارة الجديد . وهى تقابل المادة ٣٤٢ من قانون التجارة المصرى الملغى .

٢- ويعين قاضي التفليسة بناء علي إقتراح أمينها من يتولي إدارة المتجر وأجره . ويجوز تعيين المفلس للإدارة ، ويعتبر الأجر الذي يحصل عليه بديلا عن الإعانة .

٣- ويشرف أمين التفليسة علي من يعين للإدارة ، وعليه أن يقدم تقريرا شهريا إلى قاضي التفليسة عن سير التجارة .

٤- ويجوز للمفلس ولأمين التفليسة الطعن أمام المحكمة في قرار قاضي التفليسة برفض الإذن بالإستمرار في تشغيل المتجر ".

وإذا كان المشرع قد وضع المبدأ وبعض القواعد المتعلقة به علي هذا النحو إلا أن تطبيقه والإستمرار في تشغيل تجارة المفلس يثير كثيرا من المشكلات وينشئ مراكزا قانونية جديدة تحتاج إلى دراسة تساعد على وضع حلولاً لهذه المشكلات وتنظيما لهذه المراكز القانونية، لأن هذا الإستمرار يقتضى الدخول فى علاقات قانونية ينشأ عنها دائنين جدد ، ليسوا أعضاء في جماعة الدائنين ، مما قد يؤدي إلى تعارض مصالح الطائفتين .ويقتضي وضع قواعد تنظم تفضيل إحدى الطائفتين علي الأخري عند إستيفاء الديون . هذا بالإضافة إلى البحث عن الكيفية التي يستمر بها تشغيل تجارة المفلس . هل هو تشغيل مباشر تحت إشراف أمين التفليسة أم يمكن أن يكون تشغيلا غير مباشر بتأجير إستغلال المتجر la location gerance إلى الغير الذى يتحمل المسئولية والالتزامات الناشئة عن ذلك مقابل دفع أجرة محددة ؟

٥- ومما لا شك فيه أن دراسة هذا الموضوع لا تخلو من الأهمية من الناحيتين العلمية والعملية ، فهي تساهم في توضيح القواعد الخاصة بموضوع لم ينل من الفقه العناية الواجبة ، وليس له في القضاء المصرى تطبيقات كثيرة ، وبذلك تعتبرهذه الدراسة بمثابة بداية لدراسات أخري في هذا المجال . ولما كان المشرع لم يضع كافة القواعد والأحكام التي تواجه المشكلات التي تنشأ عن إستمرار تجارة المفلس خلال هذه الفترة فإن مسئولية الفقه تبدو كبيرة في البحث عن هذه الأحكام ، سواء تطبيقا لقواعد الإفلاس أو للقواعد العامة للقانون ، وذلك لكي يضيئ الطريق للقضاء عند النظر في منازعات تتعلق بهذا الموضوع . كما أن هذه الدراسة تبين مدى ملائمة وكفاية القواعد التي وضعها المشرع في هذه الشأن ، حتى يقوم بإستكمال العجز أو تصحيح ما وقع فيه من عدم ملائمة .

أما من الناحية العملية ، فإن البحث في هذا الموضوع يوضح الإطار الذي يمكن من خلاله الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس . وهذا يساعد علي تجنب الآثار الإقتصادية والإجتماعية الناشئة عن إفلاس التجار أصحاب المشروعات الكبيرة سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو أشخاصا إعتباريين التي يؤدي وقف نشاطها إلي تسريح العاملين بها وخسارة كثير من الأسر لمصدر دخلها ، مما له آثار سيئة على المجتمع من الناحيتين الاجتماعية والاقتصادية ، وخاصة أنه في المرحلة القادمة

ستتعرض هذه المشروعات لمنافسة شديدة بعد زيادة الإتجاه نحو العالمية في النشاط الإقتصادي ، المعروفة بسياسية العولمة ، وتبني الدولة سياسة إقتصاد السوق ، وهذا يزيد أحيانا من حالات تعثر المشروعات وتوقفها عن دفع ديونها في مواعيد إستحقاقها ،وقد يؤدي ذلك إلي شهر إفلاسها ، مما يوجب البحث عن وسيلة لإستمرار نشاطها على أمل أن تتحسن حالتها المالية وأن تنتهي حالة الإفلاس بالصلح .

٦- ولزيادة الفائدة من هذا البحث فسنتناول دراسة الموضوع في قانون التجارة المصري الجديد مقارنة بما عليه الوضع في القانون الفرنسي ،الذي مر بمراحل تطور كان من نتيجتها الإختلاف عن القانون المصري الذي أخذ نظام الإفلاس عن القانون الفرنسى الصادر عام ١٨٠٧ ، ولكن الأخير ترك نظام الافلاس بمفهومه التقليدي ، الذي يقوم علي معاقبة المفلس وحماية مصلحة الدائنين وضمان إسترداد حقوقهم قبل أي اعتبار آخر ، ولذلك جعل تقرير مصير التفليسة والمفلس بيد هؤلاء الدائنين ، فقد ترك المشرع الفرنسي هذه المفهوم وإختفت منه كلمة الإفلاس [١] إعتبارا من القانون رقم ٥٦٣ الصادر في ١٣ يوليو ١٩٦٧ بشأن التسوية القضائية وتصفية الأموال le règlement judiciaire , la liquidation des biens. وانتهاء بالقانون رقم

---

(١) وذلك باستثناء الافلاس الشخصى La Faillite personnelle الذى يوقع كجزاء لأفعال وأخطاء تقع من التجار ومديرى أو أعضاء مجلس ادارة الأشخاص الاعتبارية والمصفين وغيرهم ممن حددهم المشرع الفرنسى فى المادة ١٠٤ ومابعدها من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ ، والمادة ١٨٥ ومابعدها من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥.

٩٨ الصادر في ٢٥ يناير ١٩٨٥ بشأن التقويم أو الإصلاح والتصفية القضائية للمشروعات le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises .

وقد اهتم المشرع الفرنسي بفكرة المشروع l'entreprise كوحدة إقتصادية وإجتماعية لا يهم صاحبه فقط وإنما تتعلق به مصالح أشخاص آخرين ، كالعمال والشركاء ، كما يهم المجتمع ، ولذلك بدأ منذ عام ١٩٦٧ في وضع القواعد اللازمة لإستمرار نشاطه ، رغم الحكم بإفتتاح الإجراءات الجماعية ضد مالكه ، وذلك بالفصل بين مصير المشروع ومصير صاحبه، [١] وضرورة المحافظة على النشاط التعاقدى من أجل عدم حرمان المشروع من كل فرص الاستمرار [٢]. وإذا كان إستمرار نشاط المشروع la poursuite de l'activité de l'entreprise

---

(١) راجع :

Michel HARDOUIN, La continuation de L'exploitation dans les procedures de règlement de la situtation des entreprises en difficulté thèse , Rennes , 1975 , p. 7 et s.

أ.د/ على السيد قاسم ، شرط الاحتفاظ بالملكية ونظام الافلاس ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩١ ، ص ١ ، د/ حسنى المصرى ، المرجع السابق .

(٢) راجع :

Emmanuel JOUFFIN, le sort des contrats en cours dans les entrepprises soumises a' une procedure collective , L. G. D. J. , 1998 , p. 48.

الخاضع للإجراء الجماعي يعتبر إستثناء في ظل قانون عام ١٩٦٧ فإنه أصبح هو الأصل في ظل قانون عام ١٩٨٥ [١] وذلك خلال فترة المراقبة la période d'observation , التي تعقب صدور حكم افتتاح إجراء التقويم أو الإصلاح le redressement ، حيث يتم خلال هذه الفترة دراسة حالة المشروع من الناحية المالية والإقتصادية والإجتماعية ، وتشخيص أسباب المشكلة ، ثم إقتراح الحلول التي عن طريقها يمكن بواسطتها الخروج بالمشروع من أزمته،إذا كان ذلك ممكنا ، وإلا تتم تصفية هذا المشروع . وتعرض هذه الإقتراحات علي المحكمة التي تختار منها ما تراه مناسبا وذلك طبقا لسلطتها التقديرية ، ثم تبدأ مرحلة تنفيذ la période d' exécution قرار المحكمة الصادر بالإصلاح أو التصفية القضائية[٢].

ودراستنا للقانون الفرنسي ، في هذا المجال ، تهدف إلي الإستفادة مما وصل إليه من رعاية لمشروع المفلس ، ولكن مع مراعاة أن فلسفة التشريع الفرنسي إختلفت عن التشريع المصري ، ورغم ذلك فإن الهدف من هذا البحث هو بيان ما إذا كان التشريع المصري ، رغم

---

(١) راجع :

Odile CHAPLBOIS , La poursuite de L'exploiton dans la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et liquidation judiciaire et ses decrete d'application , thèse , Paris 1 , 1990 , p. 3 et s.

(٢) راجع د/ على قاسم ، المرجع السابق ، رقم ٨٠ ص ٩٣.

عدم مسايرته للتطورات التي مر بها التشريع الفرنسي ، يتضمن من القواعد ما يمكن تفعيله لكل يحمي تجارة المفلس إذا كانت قابلة للإستمرار خلال الفترة التمهيدية السابقة على جمعية الصلح ؟

وإذا كانت الإجابة بالنفي أو بالإثبات فإننا نحاول البحث عن الوسائل والقواعد القانونية اللازمة للوصول إلى هذا الهدف في إطار الفلسفة والقواعد العتيقة التي يقوم عليها التشريع المصري .

وخلال دراستنا هذه سنتعرض لموضوعات تصلح أن تكون محل لدراسات مستقلة ، ولذلك سنتناولها بالقدر الذى يخدم الهدف من هذه الدراسة التي تقتصر على الاجابة على التساؤلات سالفة الذكر من خلال خطة البحث التالية .

خطة البحث

٧- تبدأ خطة البحث بتحديد الشروط اللازمة لكى يمكن الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، من حيث الجهة صاحبة القرار ، ومن له حق طلب ذلك ، والمبررات التي تقوم سندا للقرار الصادر بالإستمرار في التشغيل خلال هذه الفترة .

ثم نتناول كيفية إستمرار تشغيل تجارة المفلس ،سوا،كان بالإدارة المباشرة تحت إشراف أمينها ،أو كان الإستمرار من خلال تأجير استغلال

متجر المفلس للغير الذي يلتزم بدفع أجرة محددة ويتحمل المسئولية الناشئة عن استغلال المتجر في مواجهة الغير خلال هذه الفترة . وأيا كانت الوسيلة التي يتم بها إستمرار تجارة المفلس فإنه توجد عقبات معينة في طريق نجاح هذا الإستمرار ولذلك نبحث كيفية التغلب عليها ، سواء عن طريق تطبيق قواعد الإفلاس أو القواعد العامة للقانون.

وأخيرا نبحث الأثار القانونية الناشئة عن إستمرار تشغيل تجارة المفلس خلال هذه الفترة ، من حيث العلاقة بين الدائنين الجدد والدائنين الذين نشأت ديونهم قبل صدور حكم شهر الإفلاس ، سواء ممن تتكون منهم جماعة الدائنين أو أصحاب التأمينات الخاصة .

وكذلك آثار الاستمرار في التشغيل فى العلاقة بين هؤلاء الدائنين الجدد والمفلس .

وعلي ذلك نقسم هذه الدراسة إلي ثلاثة فصول علي النحو التالي:

الفصل الأول : شروط استمرار تشغيل تجارة المفلس .

الفصل الثاني : كيفية الاستمرار في تشغيل تجارة المفلس .

الفصل الثالث : آثار الاستمرار في تشغيل تجارة المفلس .

الفصل الأول

شروط الاستمرار فى تشغيل تجارة المفلس

تمهيد وتقسيم

٨- يصدر حكم شهر الإفلاس نتيجة توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية إثر إضطراب حالته المالية ، ولذلك وضع المشرع القواعد والإجراءات التي يقوم بها أمين التفليسة ، لكل يحافظ علي الحالة المالية للمدين ويحول دون زيادة تدهورها عما هى عليه وقت شهر الإفلاس وذلك حتي لا يضار الدائنين

ولكن إذا وجد أمل في التخفيف من هذا التدهور أو الإنهيار في الحالة المالية للمفلس ، فالمشرع لا يمنع أمين التفلسة من الأخذ بالوسائل التي تحقق هذا الأمل.

ومن هنا إذا كان المشرع يحدد هدف المرحلة التمهيدية اللاحقة لحكم شهر الإفلاس بالمحافظة علي أموال المفلس . فإنه من المنطقي أن تكون مهمة أمين التفليسة هي التحفظ على أموال التفليسة وإرادتها والمحافظة عليها بحشد أصولها وتحقيق ديونها حتي يعرض أمر المفلس والتفليسة على الدائنين في جمعية الصلح، ليقرروا إما الصلح معه أو الإتحاد والتصفية . والمفترض في هذه الفترة أن تجارة المفلس تتوقف بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس ، ولكن مراعاة من المشرع

لإعتبارات معينة ، فقد أجازت المادة ١/٦٤٥ من قانون التجارة الجديد " لقاضي التفليسة بناء على طلب أمينها أو طلب المفلس وبعد أخذ رأى المراقب أن يأذن بالإستمرار في تشغيل المتجر ، إذا إقتضت ذلك المصلحة العامة أو مصلحة المفلس أو الدائنين " .

يتضح من ذلك أن الاستمرار في تشغيل تجارة المفلس يعتبر إستثناء من الأصل ، وهو وقف تشغيل تجارة المفلس للمحافظة على أمواله وعدم زيادة تدهور حالته المالية مما يضر بالدائنين .ولذلك وضع المشرع شروطا محددة يجب توافرها لكي يمكن الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس خلال هذه الفترة التمهيدية .

وهذه الشروط هي : أن يطلب ذلك المفلس أو أمين التفليسة ثم يصدر بناء على هذا الطلب قرار من قاضي التفليسة يأذن بالإستمرار في التشغيل . وهذا القرار يتوقف على إستطلاع رأي مراقب التفليسة في الطلب ، وأن يكون من شأن الإذن بالإستمرار في التشغيل تحقيق واحدة أو أكثر من المصالح التي حددها المشرع ، وهي : المصلحة العامة أو مصلحة المفلس أو الدائنين .

٩- ولدراسة الشروط الواجب توافرها للاستمرار في تشغيل تجارة المفلس نتناول في مبحث أول : طبيعة هذا الاستمرار بإعتباره إستثناء على الأصل العام الذي يأخذ به المشرع المصرى ، وفي هذا الشأن نقارن

بين القانون المصري والقانون الفرنسي الذي تطور حتى أصبح إستمرار نشاط المشروع هو الأصل .

وفي المبحث الثاني نتناول شروط إستمرار تجارة المفلس في القانون المصري .

المبحث الأول

الاستمرار في تشغيل تجارة المفلس بين الأصل والإستثناء

المطلب الأول

تشغيل تجارة المفلس إستثناء في القانون المصرى

١٠ - نشأ نظام الإفلاس متسما بطابع التشدد مع المفلس الذي توقف عن الوفاء بديونه في مواعيدهما ، على أساس أن ذلك يعتبر تهديدا للحياة التجارية التي تقوم على الثقة والإئتمان ، ولذلك نقل المشرع المصري قانون التجارة القديم عن تقنين التجارة الفرنسي الصادر عام ١٨٠٧ ، الذي غلبت عليه روح التشدد extremement rigoureux مع المفلس ، حيث كان يرمي إلى تحقيق غايتين : الأولى ، تسوية ; appurer كل ديون المفلس بالتنفيذ على جميع أمواله . والثانية ، معاقبة المدين السيئ punir le mauvais débiteur [١] وقد كان الإفلاس يعتبر وصمة عار في جانب التاجر مما كان يوجب وقف نشاط المفلس وإقتلاعه من الحياة التجارية ، ما لم يتصالح معه الدائنون . ولذلك نجد أن الإجراءات التي تعقب صدور حكم شهر الإفلاس توجب على قاضي التفليسة أن يقوم ، هو أو من ينتدبه لذلك [٢] ، بوضع الأختام فور صدور حكم شهر الإفلاس على

---

(١) راجع : مشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٣.
(٢) راجع المواد ٦٣٣ ومابعدها من قانون التجارة المصرى الجديد ، وهى تقابل المواد ٢٤١ ومابعدها من قانون التجارة المصرى الملغى .

محال المفلس ومكاتبه وخزائنه و دفاتره وأوراقه ومنقولاته ، وأن يبلغ رئيس كل محكمة يوجد في دائرتها مال للمفلس ليأمر بندب من يوم بوضع الأختام على هذا المال . ولا يجوز رفع هذه الأختام أو عدم وضعها على مال معين إلا بأمر من قاضي الفليسة ، ولا يستثني من ذلك إلا الملابس والمنقولات الضرورية للمفلس ولمن يعول ، ويعين قاضي التفليسة هذه الأشياء وتسلم إلي المفلس بقائمة يوقعها كل من قاضي التفليسة والمفلس . ثم يطلب أمين التفلسة الإذن من قاضي التفليسة برفع الأختام عن هذه الأموال لكي يبدأ في جردها خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدور حكم شهر الإفلاس . فكل هذه الإجراءات تدل على رغبة المشرع المصرى فى وقف نشاط المفلس حتي ينتهى أمين التفليسة من الجرد الذي وضع له المشرع بداية ، قد يتراخى تنفيذها ، ولم يضع له نهاية محددة إلا بالمقابلة مع إجراءات أخرى طبقا للمادة ٥٥ من قانون التجارة الجديد .

وكذلك ترك المشرع مصير المفلس وتجارته مرهونا بقرار يصدر من دائنيه في جمعية الصلح ، في إطار من الإجراءات والقواعد التي وضعها المشرع ، هذا القرار إما أن يكون بالصلح وإستمرار التجارة ، وإما بالإتحاد ، وبالتالي تصفية جميع أموال المدين ، سواء الداخلة في التجارة أوغيرها وبذلك يزول مشروعه الاقتصادي .

١١- ويأتى تنظيم قواعد الإفلاس على هذا النحو إنعكاسا لفلسفة فردية تقوم على عدم الثقة في المدين المفلس والعمل علي حماية الدائنين ووضع مصلحتهم في المرتبة الأولى ، وذلك لتحقيق غرض أساسي هو حصولهم علي حقوقهم لدى المفلس ، ولذلك نجد المشرع يضع مستقبل المفلس وتجارته في يد هؤلاء الدائنين ، دون النظر إلى العلاقات الأمامية والعلاقات الخلفية لنشاط هذا التاجر ، أو إلى المصالح الأخري المرتبطة بهذا النشاط سواء كانت المصلحة العامة الإقتصادية أو الإجتماعية للمجتمع أو مصلحة العاملين أو الشركاء والمساهمين في هذا النشاط .

وإذا كان هذا الوضع مقبولا عند وضع قانون التجارة القديم (في عام ١٨٨٣) حيث كان النشاط التجاري يعتمد على التاجر الفرد ، سواء كان في مشروع فردي أو الشركات الصغيرة petites sociétés[١] وخاصة شركات الأشخاص (التضامن أو التوصية البسيطة) التي يعتمد نشاطها وائتمانها على أشخاص الشركاء المتضامنين الذين يسألون عن ديون الشركة فى مواجهة الغير مسئولية شخصية وتضامنية . وكان المشروع التجاري لا يهم إلا صاحبه ، حيث أنه هو الذي يملك أدوات الإنتاج الرأسمالية ، أما العاملين في المشروع فلا يربطهم به إلا أداء العمل والحصول على الأجر . في ظل هذه

---

(١) راجع : مشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ٥ ، ص ٥.

الظروف يعتبر منطقيا أن يتوجه المشرع لحماية الدائنين وإعلاء مصالحهم على مصالح التاجر ، بإعتبارهم الطرف الضعيف الذي خان التاجر ثقتهم فيه ، مما يهدد الحياة التجارية التي تقوم على العلاقات الفردية ،أي الثقة المتبادلة بين التجار ، ولذلك توجه بكل الإجراءات نحو تصفية جميع أموال التاجر لكى يستوفي منها هؤلاء الدائنون حقوقهم .

ونظراً للتغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي حدثت فى المجتمع المصرى فقد كان غالبية رجال القانون ورجال الأعمال يأملون في أن يعدل المشرع المصري عن هذا المفهوم التقليدي للإفلاس عند وضع قانون التجارة الجديد ويتبنى نظاما يواكب الإتجاهات الحديثة في هذا المجال ليواجه حالات تعثر المشروعات الكبيرة المملوكة للأشخاص الإعتبارية ، لأن ما تتمتع به هذه المشروعات من أهمية إقتصادية ، وإعتبارات المصلحة العامة ، تقتضي وجود نظام يهدف إلي مساعدة هذه المشروعات على الخروج من أزمتها متى كانت قابلة للحياة viable(١). وهذا المفهوم يتمشي مع الإتجاه الذي نادي به جانب من الفقه الذي يرغب في تحول القانون التجاري ليقوم على أساس نظرية المشروع l'entreprise ، سواء كان مشروعا فرديا أو جماعيا وسواء كان خاصا أو عاما أو تعاونيا ، وذلك بدلا من فكرة التاجر التي يقوم عليها قانون التجارة المصري (٢).

---

(١) راجع د/ حسنى المصرى ، المرجع السابق ، رقم ٢٢ ص ٣١-٣٢ ، د/ عبدالرافع موسى ، نظام الافلاس بين الإلغاء والتطوير ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠١ ، ص ٢-٣.

(٢) راجع : أستاذنا الدكتور/ محمود سمير الشرقاوى ، القانون التجارى ، الجزء الأول ، النظرية العامة للمشروع ، طبعة ١٩٨٢ ، ص ٣٠ ومابعدها .

١٢- وقد صدر قانون التجارة المصري الجديد ولم تجد هذه الآمال إستجابة من المشرع المصري ، حيث ظل محتفظا لنظام الإفلاس بمفهومه القديم ، باستثناء بعض التعديلات والقواعد الجديدة التي لم تغير من جوهره التقليدي [١] ، وخاصة فيما يتعلق بإستمرار تشغيل تجارة المفلس . حيث ظل الأصل هو وقف نشاط المفلس ووضع الأختام على محاله ومكاتبه وأوراقه فور صدور حكم شهر الإفلاس ويستمر الوضع على هذا الحال حتى يأذن قاضي التفليسة لأمينها برفع هذه الأختام وجرد أموال المفلس ، وبعد ذلك قد يطلب الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس أو لا يطلب ذلك ، ويبدو أن الوضع الأخير هو ما يفضله غالبا أمين التفليسة ،حتي لا يزيد من مسئولياته ، ويستمر الوضع على ما هو عليه إنتظاراً إلى أن يطلب المفلس هذا الاستمرار أو لا يطلبه .

وهكذا يتضح أن المحافظة على مشروع المفلس هي أمر إستثنائي يخضع للطلب ولو كان من الممكن إنقاذ هذا المشروع من الإنهيار والزوال نتيجة وقف النشاط . ولا شك أن هذا الإتجاه لا يتناسب مع حالات إفلاس المشروعات الكبيرة أو الأشخاص الاعتبارية ، لأن مشروع المفلس لم يعد المتجر الذي تتعلق به مصالح مالكه فقط ، وإنما تطور مفهوم المشروع كوحدة إقتصادية une unité économique ترتبط

---

(١) راجع د/ عبدالرافع موسى ، المرجع السابق ، ص ٤-٥.

به مصالح العمال والمساهمين والمجتمع ، بإعتبار أن اقتصاده يقوم علي مجموعة من الوحدات الاقتصادية . هذا بالاضافة إلى أن الافلاس نشأ كجزاء يوقع على التاجر السيئ الذى أدت تصرفاته ، التي لاتتناسب مع الثقة والائتمان ، إلى توقفه عن دفع ديونه فى مواعيدها ، أما مع إختلاف ظروف المنافسة والأسباب الي تؤدى إلى التوقف عن الدفع ، والتى قد لا يرجع أغلبها إلي ظروف داخلية خاصة بالمشروع . وإنما إلى ظروف خارجية ، فقد كان من الطبيعى أن تتغير نظرة المشرع إلى المفلس ومشروعه ، وخاصة إذا كان من الأشخاص الاعتبارية الكبيرة ، بأن يضع قواعد خاصة تحدد مصير المشروع وتمنع التوقف المفاجئ لنشاطه ، وقواعد أخرى تحدد الجزاء الذى يوقع على المفلس كشخص طبيعى أو القائمين على ادارته إذا كان شخصا إعتبارياً . وهذا ما أدركه المشرع الفرنسي وكان وراء التعديلات الكثيرة التي أدخلها على تظام الإفلاس بمفهومه التقليدي حتي ذهبت به إلى تعيير هذا المفهوم وزوال الإسم ، وهذا ما نتناوله فيما يأتي .

المطلب الثاني

تطور فكرة إستمرار تجارة المفلس

في القانون الفرنسي

١٣- مرت القواعد المتعلقة بالإفلاس في القانون الفرنسي بتطورات كثيرة ، تبعا لتغير الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي مر بها المجتمع ، مما أدى إلى تغير نظرة المشرع بالنسبة للاستمرار في تشغيل تجارة المفلس وتحديد مصير التفليسة[1]. ويمكن تقسيم هذه التطورات إلى ثلاث مراحل :-

١٤- المرحلة الأولي : وهي الفترة السابقة علي صدرو قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ . وقد بدأت هذه الفترة بصدور قانون التجارة الفرنسي عام ١٨٠٧ ، الذي إتسم بالقسوة والشدة على المفلس وإتجه نحو عقابه وإقتلاعه من الحياة التجارية وترك مصيره بيد دائنيه ، كما هو الحال في القانون المصري ، ثم بدأ الإتجاه نحو التخفيف من هذه الشده والقسوة ، فصدر قانون ٤ مارس ١٨٨٩ ، الذي أدخل **نظام التصفية القضائية** la liqudation judiciaire لينطبق علي التجار سيئ الحظ وحسني النية aux commercants mallaureux et de bonne foi الذين يرجع توقفهم عن الدفع لأسباب خارجة عن إرادتهم

(١) راجع : د/ عبدالرافع موسى ، نظام الإفلاس بين الإلغاء والتطوير ، طبعة ٢٠٠١ ، دار النهضة العربية القاهرة ، ص ١٠ ومابعدها .

وتتعلق بالظروف الاقتصادية المحيطة بنشاطهم ولذلك خفف المشرع من حالات سقوط الحقوق المدنية والسياسية للتاجر ، بالإضافة إلى إستمراره محتفظا بإدارة أمواله سواء منفردا أو بمساعدة المصفى ، وبذلك تظل علاقته بالعملاء la clientele قائمة مما يساعد على إصلاح المشروع[١]، وقد قررت المادة ٦ من القانون سالف الذكر في فقرتيها الثالثة والرابعة حق المدين في الإستمرار في إستغلال تجارته أو مصنعه وذلك بمساعدة المصفين l'assistance des liquidateurs وبإذن من قاضي التفليسة le juge -commissaire [٢] .

أما نظام الإفلاس la faillite فينطبق على التجار الذين يرجع توقفهم عن الدفع إلى سوء الإدارة ، وبالتالي ينطبق على المفلس كافة الآثار سواء المتعلقة بشخصه ، من جزاءات جنائية وسقوط حقوقه المدنية والسياسية . ومع ذلك أجازت المادة ٤٧٠ من قانون التجارة سالف الذكر إستمرار إستغلال المحل التجاري le fonds de commerce للمفلس بإشراف السنديك بناء على إذن من قاضي التفليسة[٣] ، وهو نص يطابق نص المادة ٢٦٢ من قانون التجارة المصري القديم .

---

(١) راجع :

yves Guyon , Droit des Affairs , T. 2, éd . 6 , N. 1010 , p. 10.

(٢) راجع : ريجو موليو ، المرجع السابق ، ص ٢٠.

(٣) راجع ، ريجو موليو ، المرجع السابق ، ص ١٩.

وفي ٣٠ أكتوبر من عام ١٩٣٥ صدر قرار بقانون يهدف إلي تيسير وتسهيل accelere et simplifié إجراء الإفلاس والتصفية القضائية [١]، حيث زاد من سلطات المحكمة وخفض من سلطات جماعة الدائنين ، على أساس أن الإجراء الجماعي ، سواء كان الإفلاس أو التصفية القضائية ، لايهم الدائنين فقط ولكنه يتعلق أيضا بالمصلحة العامة l'intérêt général لأن الإقتصاد السليم l' économie saine يفترض أن التجار الحاصلين على الإئتمان de credit يدفعون ديونهم بانتظام وأن المشروعات التي لا يمكن إصلاح خسائرها les enterprises irrémédiallement déficitaires يجب إستبعادها من الحياة التجارية ، ومن ثم يكون من غير المنطقي ترك الإجراءات في يد الدائنين فقط لأنهم عادة ما يهملون [٢] .

وقد عاب الفقه الفرنسي [٣] على هذه الإصلاحات أنه أمكن الإنحراف بها عن غايتها من الناحية العملية ، حيث تحولت التصفية القضائية من مجرد إجراء أو نظام إستثنائي un regime d'exception خاص بالتاجر حسن النية سيئ الحظ ، ليصبح الإجراء

---

(١) راجع ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، رقم ٢٧٩٧ .
(٢) راجع إف جيون ، المرجع السابق رقم ١٠١١ ص ١٠ .
(٣) راجع ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٠١١ ، ص ١١.

الأساسي ، حيث منحها القضاء بصورة تلقائية être accordée de maniere systematique في حالات كان يجب فيها تطبيق نظام الإفلاس ، مما سمح باستمرار مشروعات كان يجب تصفيتها ، وهذا جعل العائد الذي يحصل عليه الدائنين من إستمرارالإستغلال يبدو زهيدا derisoires مما دعى المشرع للعودة إلي التشدد مع المفلس بعد إنتهاء الحرب العالمية الثانية [١] .

١٥- وفي عام ١٩٥٥ صدر مرسوم ٢٠ مايو الذي كان يرمي إلي وضع نظام أكثر إنتقائية plus selectif للتمييز بين التجار السيئين les mauvaise commercants وغيرهم [٢] . حيث ميز المشرع بين نظامين : **الأول : التسوية القضائية** le reglement judiciaire وقد حل بدلا من التصفية القضائية الذي أدخله قانون ٤ مارس ١٨٨٩ ، واعتبره المشرع نظاما عاديا لتسوية أو تصفية الديون d'appurement du passif وينطبق على التجار الذين لم يرتكبوا أخطاء أو تصرفات تستوجب إستبعادهم d'éliminer من الحياة التجارية ولا معاقبتهم بعقوبة خاصة une sanction particulière وهذا الإجراء ، كما يبدو من إسمه ؛ لا يهدف أساسا إلى تصفية أموال

---

(١) راجع ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٤ .
(٢) راجع :
RIPERT G. et ROBLOT R., Traite de droit commercial , Tome 2, ed. 15 , N 2798 , p. 854.

المدين ولكنه ينتهي بالصلح un concordat الذى يحقق مصلحة المدين والدائنين ، وهذا الصلح يعيد التاجر على رأس تجارته . ويعتبر الفقه الفرنسي التسوية القضائية إجراء يتسم بالموضوعية une procedure objective ، حيث يهدف إلى تحقيق أحسن الظروف التي تمكن الدائنين من إستعادة ديونهم ،ولا يوقع عقوبات أو يسقط حقوق المدين الذي يظهر كضحية victime أكثر منه مسئولا coupable عن تدهور حالته المالية (١).

أما النظام الثاني فهو الإفلاس la faillite فقد إحتفظ به المشرع الفرنسي ، ولكن مع زيادة الطابع الجزائي une caractere repressif بصورة أوضح ، ليطبق على التجار غير الجديرين indignes بالإستمرار في الحياة التجارية ،لأنه لا ينتهي بالصلح مع المدين وإنما يؤدي بقوة القانون de plein droit إلى حالة الاتحاد l'union ، أى إلى التصفية الجبرية la liquidation forcée لكل أموال المفلس ، وهذا يعني إستئصاله من الحياة التجارية وزوال مشروعه التجارى ، هذا بالإضافة إلى توقيع العقوبات الجنائية وسقوط الحقوق المدنية والسياسية إذا ثبت إرتكاب المفلس أخطاء جسيمة في إدارة نشاطه التجاري .

ومع ذلك فقد أخذ الفقه الفرنسي (٢) على هذا الإصلاح مآخذ

---

(١) راجع ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٠١٢ .

(٢) راجع : ريبير وبلو ، المرجع السابق ، رقم ٢٧٩٨ ، ص ٨٥٥.

كثيرة منها : أنه خلط confondait أو ربط مصير التاجر بمصير المشروع ، فالإفلاس يؤدي إلى إستبعاد المدين من الحياة التجارية ويؤدي أيضا إلى زوال المشروع ولو كان قابلا للإصلاح susceptible de redressement تحت قيادة sous l'impulsion مدير جديد ، وبالعكس فإن التسوية القضائية إحتفظت للحياة الإقتصادية بمشروعات لم تكن قابله للإصلاح n'étaient pas rentables وذلك لمجرد أن التاجر حسن النية ، وهذا المعيار الذي وضعه المشرع لتطبيق هذا الإجراء يعتمد علي أخلاقيات la moralité التاجر أكثر من إعتماده على حالة المشروع وهو معيار إقتصادي une critère économique ينبغى أن تتحد على أساسه المشروعات التي يجب أن تختفي بسبب عدم قابليتها للحياة والإصلاح (١).

١٦- ومنذ هذا الوقت ظهر الإتجاه إلى هجر المفهوم التقليدي للإفلاس ، الذي لا يناسب إلا المشروعات الصغيرة التي يملكهاتجار أفراد طبيعيين أو شركات صغيرة ،ولكنه لا يكفي لمواجهة ظروف إقتصاد المشروعات الكبيرة التي تحتاج إلي مفهوم جديد لإدارة الأزمات المالية التي تتعرض لها ، بحيث يكون الهدف الأساسي هو استمرار هذه المشروعات la permanence des entreprises

---

(١)راجع ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ٤ ص ٥.

التي أصبحت لا تهم المدين ودائنيه فقط ، وأنما تهم أيضا العاملين les salariès الذين تؤدي تصفية المشروع إلى تشتيتهم disperse ووضعهم غالبا في حالة بطالة mettre au chomage . بالإضافة إلي أنه إذا كان المشروع مملوكا لشخص إعتباري فإنه تصفيته ، بالنظر فقط لتصرفات المديرين ، يترتب عليها تضحية بمصلحة الشركاء وخاصة المساهمون الذين لم يخطئوا ، إلا في ترك هؤلاء المديرين يمارسون سلطاتهم في المشروع . وأخيرا فإن هذه المشروعات يرتبط بها إقتصاد الدولة ، ولا شك أنه يتأثر بزوال إحدى وحداته الاقتصادية التي لو أحسن إدارتها لظلت تقدم إليه إنتاجها . هذا بالإضافة إلى أن العمل علي المحافظة علي المشروع يعود بالفائدة علي الدائنين ، لأن كثيرين منهم ستظل علاقتهم مستمرة مع المشروع ، فضلاً عن أن ما يحصلون عليه من إستمرار المشروع سيكون في الغالب أكثر مما يحصلون عليه لو تم بيع أصول une realisation de l'actif المشروع .

ويري الفقه الفرنسي [1] أن القضاء قد أدرك هذه المصالح المرتبطة بإستمرار المشروع la survie de l'entreprise ، ولذلك عدل s'ecartait في كثير من الأحكام عن الأخذ بالمعايير القانونية des critères légaux للإختيار بين التسوية القضائية والإفلاس وأخذ في الاعتبار قابلية المشروع للحياة واستمرار أعماله

---

(١) راجع ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٠١٢ ، ص ١٢.

la viabilité de l'affaire . ولكن كان لهذا الإتجاه القضائي عيوبه ، حيث أن الحكم بالتسوية القضائية ، على أساس وجود فرصه لإنقاذ المشروع sauvegarde de l'entreprise ، يؤدي إلى إفلات المديرين من أي جزاء ، ولو كانوا منحرفين même malhonnêtes ، وعكس ذلك يمكن توقيع الجزاء علي المديرين ولو كانوا غير مخطئين طالما رأت المحكمة عدم قابلية المشروع للإصلاح irrémédiable وقررت شهر إفلاسه [1] . ولاشك أن هذا يتناقض مع الهدف الذي يرمي المشرع إلى تحقيقه من وجود هذين النظامين . وهذا ما دعى الفقه إلى المطالبة بالإصلاح التشريعي ، لأن المشرع وحده هو الذي يستطيع تقدير الأسباب الاقتصادية والاجتماعية التي تقتضي وضع الوسائل اللازمة لإستمرار وبقاء la pérennité المشروعات المتعثرة des entreprises en difficulté ومحاولة إنقاذها من هذا التعثر كلما كان ذلك ممكنا [2] . وهذا ما حاول المشرع الفرنسي تنظيمه في عام ١٩٦٧ .

---

(١) راجع ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٦.
(٢) راجع ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٠١٢ ، ص ١٢.

المرحلة الثانية : بداية الفصل بين مصير المدين ومصير المشروع[1].

١٧ - حدث ذلك بداية من عام ١٩٦٧ ، حيث صدر في هذا العام قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ بشأن التسوية القضائية وتصفية الأموال ، ثم الأمر l'ordonnance الصادر في ٢٣ سبتمبر ١٩٦٧ بشأن الوقف المؤقت للمطالبات suspension provisoire des poursuites ويعتبر الفقه الفرنسي[2] أن صدور هذين التشريعين يعتبر بمثابة ميلاد قانون حديث للإجراءات الجماعية un dorit moderne des procedures collectives ، لأن قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ أحدث تغييرات جوهرية profondement modifié في المفهوم التقليدي لإجراءات التنفيذ الجماعي . وقد عبر المشرع عن هذه الفلسفة الجديدة بوضوح في عرضه لأسباب وضع القانون، الذي قطع الرابطة التقليدية بين مصير المشروع ومصير المدين ، حيث أراد المشرع تحقيق هدفين :

الأول : يستأصل éliminer المشروعات التي إنهارت إقتصاديا دون أن ينال المديرين أي فضيحة d'infâmie أو جزاء ، طالما لم تنعقد مسئوليتهم عن هذا الإنهيار . أما **الهدفالثاني فهو**

---

(١) راجع تفصيلاً :
Corrinne SAIT - ALARY - HOUIN , Droit des entreprprises en difficulte , ed. 2 , 1996 , Montchrestien , P. 16 et s.

(٢) راجع ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٠١٣ ، ص ١٢.

ضمان استمرار المشروعات التي يمكن إصلاحها ماليا ، ولو إقتضى ذلك إقصاء المديرين الذين ترجع أزمة المشروع إلى سوء إدارتهم له [١] وتحقيقا لذلك كان من الضروري المحافظة على استمرار النشاط التعاقدي حتى لا يفقد المشروع كل فرصه للإستمرار في نشاطه الطبيعي[٢] وذلك بفقدان الموردين les fournisseurs والعملاء les clients ، وهذا يضعف ائتمان المشروع [٣] .

وبموجب هذين التشريعين نظم المشرع أربع إجراءات [٤] :

الأول: التسوية القضائية , le règlement jugdiciaire

وهو كما كان في ظل القانون السابق ، ويهدف إلى تسوية ديون المشروع السليم من الناحية الإقتصادية économiquement saine والذي يمكن إصلاحه وإستعادة نشاطه الطبيعي بعد الوصول إلى صلح un concordat مع الدائنين .

---

(١) راجع : ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ٦ ص٨،٧ ، عبدالرافع موسى ، المرجع السابق ، ص ٢٩ ومابعدها .

(٢) راجع: JOUFFIN EMMANUEL, le sort des contrants en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective , L. G. D. J. 1998 , p. 48.

(٣)راجع :

Jéan - Jacques DAIGRE, L'entreprise pandant la période d'observation , Rev. Jurisp. Com. , Fevrier 1989 , No Speciale , p. 15.

(٤)راجع تفصلا ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٠١٣ ص ١٢ ، ١٣.

أما الإجراء الثاني فهو تصفية الأموال La liqnidation des biens ، وهو على غـرار نظام الإفـلاس الذى ألغى ، يهـدف إلى إستئصال المشروع الذى وصل إلى درجة من الإنهيار لا تسمح بإصلاحه وإعادته إلى نشاطه الطبيعي ، ولذلك فهو يؤدي حتما إلى بيع أمواله وزواله من الحياة التجارية ، ولكن يقتصر ذلك على أموال المدين وليس شخصه حيث ينطبق عليه **الإجراء الثالث وهو الإفلاس الشخصي la fallite personnelle** بإعتباره جزاء مدني une sanction civile ينطبق على رئيس المشروع le chef de l'entreprise سواء كان هو المدين أو القائم على إدارة الشخص الإعتباري ، الذي إرتكب أخطاء أو أهمل في إدارته . ويمكن أن توقع عليه عقوبات جنائية إذا إرتكب أخطاء جسيمة ومؤثرة في حالة الإنهيار التى وصل إليها المشروع .

أما الإجراء الرابع فهو الوقف المؤقت للمطالبات ، وهو إجراء خاص بالمشروعات الكبيرة aux entreprises impartonts التـي تمر بأزمات خطيرة ولكنها لم تصل بعد إلى حالة التوقف عن الدفع la cessation des paiement .

وكما يرى الفقه [1] فإنه لأول مرة يفصل المشرع بين مصير

---

(١) راجع ، ريبير وربلو ، المرجع السابق ، رقم ٢٨٠٧ ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٨ ، جان جاك داجر ، المرجع السابق ، ص ١١.

المشروع ومصير المدين ، حيث يتحدد مصير المشروع طبقا لمعيار ذو طبيعة إقتصادية de nature économique [١] وهو إمكانية إصلاحه في ظل شروط تتوائق des conditions compatibles مع مصلحة الدائنين . فإذا كانت ظروف وحالة المشروع تسمح بإصلاح حالته فإن المحكمة تختار تطبيق التسوية القضائية التي تنتهي بالصلح علي خطة لتسوية الديون وإستئناف نشاط المشروع . أما إذا كان المشروع في حالة لا تسمح بإصلاحه وإستمرارنشاطه ، فإن المحكمة تقرر تصفية ذمته المالية son patrimaoine وتباع جميع أصوله ويختفي المشروع كلية .

أما مصير المدين ،أو مدير الشخص الإعتباري ، فيتحدد طبقا لمعيار أخلاقي un critere moral أو شخصي subjectif [٢] يعتمد علي التصرفات والجهد الذي بذله في إدارة المشروع ، فإذا كان يقوم بواجباته دون إهمال أو تقصير ، فإن إفتتاح الإجراءات الجماعية ، سواء كانت التسوية القضائية أو تصفية الأموال ، لايترتب عليه توقيع أي جزاء أو سقوط decheance أي حق من حقوقه المدنية أو السياسية ، ويمكن أن يظل محتفظا بصفته كتاجر أو مدير

---

(١) راجع : د/ علي قاسم ، المرجع السابق ، رقم ٨٠ ، ص ٩٣.
(٢) راجع إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٠١٣ ، ص ١٣.

للشركة . أما إذا كان المدين أو المديرمتهورا imprudent أو مهملا négligent أو إرتكب أخطاء مقصودة إرادية de fautes volontairesفي قيادته للمشرع فإنه يتعرض للجزاءات المدنية للإفلاس والجزاءات الجنائية لتفالس .يتضح من ذلك أن الأخطاء التي تقع من مدير تكون محلا للجزاء أيا كان الإجراء المالي (التسوية أو التصفية) الذي تختاره المحكمة ، ولكن في جميع الحالات فإن إستبعاد المديرون لن يكون له تأثير على مصير المشروع [١].

١٨ – وهكذا يتضح عدول المشرع الفرنسي عن الأهداف التقليدية des finalités classiques للإجراءات الجماعية المتعلقة بتسوية مركزالمشروعات المتعثرة ، التي كانت ترتبط بالإجراء الذي ينطبق علي المدين أو مدير المشروع ، أما في الاتجاه الجديد فالمشرع يتصدى مباشرة لتنظيم مصير المشروع le sort de l'entreprise والبحث عن وسائل إصلاحه كلما كان ذلك ممكنا . ويري الفقه الفرنسي أن هذه التطورات التشريعية لم تكن مفاجئة ولكنها نتيجة لإتجاه أكبر نطاقا يهدف إلى توضيح وبلورة cristalliser المشكلات المرتبطة بالعلاقات الناشئة عن النشاط الإقتصادي من خلال الاهتمام بدراسة فكرة المشروع la notion d'entreprise [٢] .

(١) راجع ميشيل هاردوان ، المرجع والمكان السابقين .
(٢) راجع ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ١٠ ، ١١.

ورغم أن هذا الإصلاح التشريعي يعتبر خطوة إلي الأمام إلا أن الفقه [١] يعيب عليه أن التنظيم الاجرائى les techniques الذي وضع لتنفيذه لا يتناسب mal adaptées مع الغايات الجديدة leures nouvelles finalités. سواء من حيث توفير الحماية الكافية للدائنين القدامى أو من حيث الوقف المؤقت للمطالبات الذي يأتي متأخرا من الناحية العملية مما يجعله دون جدوى . كما أنه لم يضع الضمانات التي تشجع البنوك أو الموردين علي تقديم العون للمشروع المتوقف عن الدفع . هذا بالإضافة إلي أن فكرة المشروع تعتبر فكرة غير محددة من الناحية القانونية [٢] ، حيث لا يتمتع المشروع بشخصية قانونية ولا بذمة مالية مستقلة رغم كثرة تناولها من جانب علم الإقتصاد وقانون العمل ،في ظل مبدأ وحدة الذمة المالية الذي يحول دون ظهور المشروع كشخص قانوني . مما يجعل سبل إصلاحه صعبة المنال وخاصة في المشروعات الفردية التي يصعب فيها الفصل بين مصير المشروع ومصير صاحبه . أما في الأشخاص الإعتبارية . وخاصة شركات المساهمة، فإن يمكن تحقيق هذا الفصل بين المشروع ومصير المديرين أو أعضاء مجلس الإدارة .

---

(١) راجع ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٣١٠ ومابعدها ، د/ عبدالرافع موسى ، المرجع السابق ، ص ٤٣ ومابعدها .

(٢) راجع ، د/ سمير الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٣١ - ٣٦ ، د/ عبدالرافع موسى ، المرجع السابق ، ص ٨٠ ومابعدها ، ريبير وربلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٢٦.

كما يري الفقه الفرنسي [٢] أن قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ لم ينظر إلى إستمرار المشروع ، في حالة التسوية القضائية ، كهدف أساسي وإنما جعل لإستمرار النشاط طابعا إستثنائيا un caractère exceptionnel يتسم بالتشدد rigorisme ،حيث لم تكن تسمع المادة ٢٤ منه بالاستمرار إلا لمدة قصيرة جدا لا تتجاوز ثلاثة أشهر وبإذن من القاضي المنتدب le juge - commissaire . بالإضافة إلي أن النص لم يحدد طبيعة إستمرار النشاط خلال هذه الفترة ، هل كما كان قبل إفتتاح الإجراء ؟ أم أن الأمر يقتصر علي تصرفات معينة ؟ وهل الاستمرار يتم بمساعدة assistée أو رقابة contrôlée أو يتمثيل représentation من السنديك .كل هذا النقص التشريعي أدى إلى تناقض في موقف القضاء تجاه مسئولية السنديك عن الإستمرار في النشــاط ، كما أدى هذا النقص إلى إنحرافات من الناحية العملية كان من شأنها إستمرار النشاط في مشروعات لم تكن مؤهلة ، وذلك بعكس مشروعات أخرى مؤهلة للاستمرار ، لأن المشرع لم يضع معيارا محددا لإستمرار النشاط وترك الأمر للسلطة التقديرية لقضاة

---

(١) ريبير وربلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٢٦.

(٢) راجع ، أوديل شاربوا ، المرجع السابق ، ص ٣ - ١١ . وأيضا الأستاذ إف جيون ، المرجع السابق رقم ١٠١٤ ، ص ١٥ حيث يعيب على قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ أنه يأخذ استمرار المشروع كغاية فى ذاته une fin en elle meme ولكنه أخذ هنا الاستمار كوسيلة ne d'apurer son بن الوسائل التي تسمح للمدن بتصيفية دونه comme un moyen passif

الموضوع l' appréciation souveraine des juge du fond الذين تعددت المعايير التى علي أساسها يقررون إستمرار الإستغلال ، كأن ينظر القاضي إلى قيمة الديون ومقترحات aux proposition الوفاء بها ، أو النظر إلى إحتمالات حصول المدين على صلح مما يقتضي المحافظة علي عملائه sa clientele أو أن تأخذ المحكمة في إعتبارها قابلية المشروع للإستمرار عن طريق تأجير إستغلاله location - gerance إلى شركة أخري . وأخيرا إتجه القضاء للأخذ بمعيار إنقاذ أو حماية قوي العمل l'outil de travail في إطار التنازل الكلي cession à forfait عن المشروع بثمن جزافي نظير إستمرار العاملين وسداد الديون (١) .

وقد كانت هذه الثغرات التطبيقية للإصلاح التشريعي الذي تم في عام ١٩٦٧ هي الدافع إلى صدور الإصلاح الشامل لنظام الإجراءات الجماعية عام ١٩٨٥ وهي المرحلة الثالثة في القانون الفرنسي .

المرحلة الثالثة : مبدا إستمرار نشاط المشروع .

١٩ - أصدر المشرع الفرنسي تشريعين في ٢٥ يناير ١٩٨٥

---

(١) راجع أورديل شاربوا ، المرجع السابق ، ص ٨-٩.

الأول [١] هو القانون رقم ٩٨ بشأن التقويم أو الإصلاح والتصفية القضائية للمشروعات le rederessement et la liquidation judiciaire des entreprises، والثاني هو القانون رقم ٩٩ بشأن المديرين القضائيين والوكلاء المصفين وخبراء تشخيص المشروع , aux administrateurs judiciaires mandataires -liquidateurrs et experts en diagnostic d'entreprise.

بموجب القانون الأول جمع المشرع الإجراءات الجماعية السابقة على صدوره في إجراء واحد une procedure unique يفتتح عادة في حالة التوقف عن الدفع de cessation des paiements [٢].

---

(١) وقد سبقهما القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٨٤ ، الصادر فى الأول من مارس ١٩٨٤ المتعلق بالوقاية والتسوية الودية لأزمات المشروعات Le prevention et le règlement amiable des difficultés des entreprises لينظم وسائل الوقاية التي تسمح بالكشف المبكر عن الأزمات التي تواجه المشروعات وتحول دون تفاقم الأزمات التي حدثت. وقد إهتم هذا القانون بالشركات التجارية ، ولذلك عدل كثيرا من أحكام قانون ٢٤ يوليو ١٩٦٦ المتعلق بالشركات التجارية ، حيث وضع مجموعة من إجراءات الانذار الداخلى d'alerte interne التى تساعد على التحذير المسبق من وقوع الأزمة للمشروع ، وإذا وقعت الأزمة فقد نظم المشرع إجراءاً جديداً للتسوية الودية يسمح بعقد صلح بين المدين ودائنيه الرئيسيين ses principaux créanciers لمنحه آجالاً للسداد وتخفيض قيمة الدين des remises de dette . وقد أدخلت على هذه القوانين تعديلات هامة بموجب القانون رقم ٤٧٥ الصادر فى ١٩٩٤/٦/١٠.

(٢) راجع ريبير وربلو ، المرجع السابق ، رقم ٢٨١٦ ص ٨٦٨ ، جان جاك داجر ، المرجع السابق، ص ١١.

وبموجب هذا القانون تم إلغاء جماعة الدائنين la masse des creánciars وساوى المشرع بين الدائنين العاديين وأصحاب التأمينات الخاصة وأصحاب الامتيازات العامة ، ولم يعد مصير المدين ومشروعه يتوقف على قرار الدائنين ولكن زاد دور السلطة القضائية فى تحديد هذا المصير بعد الوقوف على الحالة الحقيقية للمشروع ومدى إمكانية إصلاحه ، وفى سبيل الوصول إلى ذلك تستعين المحكمة بالمتخصصين فى المجال الذى يعمل فيه المدين .

أما فى القانون الثاني فقد نظم المشرع الوظائف التي يحتاج إليها في تنفيذ إجراءات التقويم والتصفية القضائية ، حيث تلافي عيوب نظام السنديك الذي كان يمثل المدين والدائنين في نفس الوقت . وفي هذا التنظيم الجديد قسم المشرع ما كان يقوم به السنديك إلى وظيفتين تختلف incompatible كل منهما عن الأخرى وتختلفان أيضا عن الوظائف التي يقوم بها الأشخاص الآخرين . فالوظيفة الأولي يقوم بها المديرون القضائيون les administrateures judiciaires [١] وهي بصفة عامة إدارة أموال الغير les biens d' autrui أو القيام بالمساعدة d' assistance أو الرقابة d' surveillance في إدارة هذه الأموال .

(١) راجع ، ريبير وربلو ، المرجع السابق ، ص ٩٧٨.

أما الوظيفة الثانية : فيقوم بها وكلاء المصفون les mandataires - liquidateures[1] الذين يمثلون الدائنين ، ويقومون بالتصفية القضائية لأموال المدين .

هذا بالإضافة إلى إنشاء وظيفة جديدة هي الخبراء تشخيص أزمة المشروع les experts en diagnostic d' entreprise [2] الذين يستعان بهم في تحديد أسباب توقف المدين عن الدفع وإقتراح الوسائل التي يمكن بها إصلاح الحالة المالية للمشروع أو العكس يوصي بالتصفية القضائية لأموال المدين إذا كان الإصلاح غير ممكن .

٢٠ - وقد أعلن المشرع الفرنسي في المادة الأولي من القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥ عن الغاية التي يهدف إلي تحقيقها من تنظيم إجراء التقويم أو الإصلاح redressement القضائي للمشروع ، وهي إنقاذ المشروع la sauvegarde de l' entrepise والمحافظة علي نشاطه وعلى العمال le maintien de l' activité وتصفية ديونه et de l'emploi et l' apurement du passif . ولكي يصل المشرع إلى تحقيق هذه الأهداف وضع تنظيما للإجراءات يمر بمرحلتين:[3]

---

(١) راجع ، ريبير وربلو ، المرجع السابق ، ص ٩٨٣.
(٢) راجع ريبير وربلو المرجع السابق ، ص ٩٨٦ - ٩٨٨.
(٣) راجع ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٢٦.

وتبدأ La période l'observation **الأولي هي فترة المراقبة** منذ صدور حكم افتتاح الاجراء الجماعى وتنتهي بقرار من المحكمة يحدد مصير المشروع ، إما بالبدء في خطة الإصلاح وذلك بإستمرار نشاط المشروع مع إجراء بعض التغييرات الهيكلية أو بتأجيرة للغير أو بالتنازل عنه كلية أو عن بعض وحداته. وحدد المشرع هذه الفترة بستة أشهر قابلة للتحديد مرة واحدة بموجب قرار مسبب من المحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بناء علي طلب المدين أو المدير القضائي أو نائب الجمهورية du procureur de la republique الذي يجوز له أن يطلب أيضا مدها مدة أخرى قدرها ثمانية أشهر ، أي أن هذه الفترة في الإجراء العام يمكن أن تصل إلي عشرين شهرا . أما في الإجراء المختصر فهي أربعة أشهر ويجوز للمحكمة مدها أربعة أشهر أخرى ، أي أن أقصاها هو ثمانية أشهر . وقد يكون قرار المحكمة بالتصفية القضائية لأموال المدين ، إذا لم يوجد أمل في إصلاح المشروع بإحدي الوسائل السابقة ، **وهذه المرحلة الثانية** تؤدي إلى زوال المشروع نتيجة بيع جميع أموال المدين . ومع ذلك فلا تلتزم المحكمة بأن تبدأ الإجراءات دائما بفترة المراقبة كمرحلة أولي ثم تنتقل إلى التصفية القضائية كمرحلة ثانية ، وإنما يجوز للمحكمة أن تقضي من أول الأمر بتصفية أموال المدين إذا وجدت أن حالة المشروع لا تعطي أملا في إصلاحه [١] .

---

(١) ومن الجدير بالذكر أن التزام المحكمة بترتيب هاتين المرحلتين كان محل خلاف مع بداية تطبيق القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥، ولكن بعد صدور القانون رقم ٤٧٥ فى ١٠ يونيه ١٩٩٤ ، استقر الرأى على عدم التزام المحكمة بالبدء بمرحلة المراقبة وإنما يجوز ==

٢١ - وخلال فترة المراقبة جعل المشرع المبدأ هو إستمرار نشاط المشروع [١] ، وقد نصت المادة ٣٥ من القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥ علي هذا المبدأ صراحة ، حيث قررت أن " يستمر نشاط المشروع خلال فترة المراقبة مع مراعاة القواعد المنصوص عليها في المواد التالية " . أي أن إستمرار نشاط المشروع يتم بصورة تلقائية ولا يحتاج إلى إذن من المحكمة أو القاضى المشرف علي الإجراءات .

أما وقف نشاط المشروع خلال هذه الفترة فهو الذي أخضعه المشرع لشروط وإجراءات محددة بما يضفي عليه الطابع الاستثنائي [٢] ، حيث أجازت المادة ٣٦ للمحكمة ، في كل وقت ، أن تأمر بالوقف الكلي أو الجزئي للنشاط أو بالتصفية القضائية سواء من تلقاء نفسها d'office أو بناء علي طلب أي من : المدير القضائي أو ممثل الدائنين du représentant des créanciers أو المراقب d' un contrôleur أو المدين أو نائب الجمهورية du procueur de la

---

= لها أن تقرر التصفية القضائية من البداية دون المرور بهذه المرحلة التمهيدية . راجع فى ذلك ريبير وربلو ، المرجع السابق ، رقم ٢٩٦٣ ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١١٨٢ ، ميشيل جياتنان ، المرجع السابق ، رقم ٦٢٧ ، حيث يرون أن المشرع الفرنسى بموجب التعديل الذى أدخله عام ١٩٩٤ أصبح ينظم اجرائين : الأول هو إصلاح المشروع الذى يبدأ بفترة مراقبة وقد ينتهى بإقرار خطة الاصلاح أو بتصفية المشروع . أما الاجراء الثانى فهو تصفية المشروع وهذا الاجراء قد تحكم به المحكمة من أول الأمر أو فى أى وقت خلال فترة المراقبة .

(١) راجع تفصيلا بشأن هذا المبدأ ومبرراته ، أوديل شاربوا ، المرجع السابق ص ١١-١٩ ، و د/ عبدالرافع موسى ، المرجع السابق ، ص ٢٠١ وأيضا :
Philippe DEL EBEQUE , Juris - classeur , 1994 , poursuite d'activité , Fasc. 2325, No 6.

(٢) راجع تفصيلا فى شروط هذا الاستثناء فيليب ديليبك ، استمرار النشاط ، المرجع السابق ، رقم ٧-١٤ ، د/ عبدالرافع موسى ، المرجع السابق ص ٢٠٢.

republique ، وذلك بعد أن يقدم القاضي المنتدب - le juge commissaire تقريرعن حالة المشروع . كما أوجب المشرع علي المحكمة أن تستمع أو تدعو للحضور في غرفة المشورة du chambre du conseil كل من : المدين والمدير القضائي وممثل الدائنين والمراقب وممثلي لجنة المشروع les représentants du comité d' entrepriseأو مندوب شئون العاملين du délégues du personnel .

أما خلال فترة التصفية القضائية فإن إستمرار نشاط المشروع يتم بصفةإستثنائية a titre exceptionnel حيث لا تسمح المادة ١٥٣ من القانون سالف الذكر بإستمرار النشاط إلا بناء علي إذن من المحكمة المختصة ، ولمدة لا تزيد علي شهرين (١) قابلة للتجديد لمدة أخري بناء على طلب نائب الجمهورية ، وتشترط أن يكون هذا الإستمرار ضروريا لتحقيق المصلحة العامة أو مصلحة الدائنين si ointere l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige،وذلك بالقدر اللازم لحاجات التصفية pour les seuls besoin de la liquidation ، سواء كانت المحكمة قد قررت هذه التصفية بعد فترة المراقبة أو قررتها من بداية الأمر أو في أي وقت آخر (٢) .

---

(١) راجع المادة ١١٩-٢ من المرسوم رقم ١٣٨٨ الصادر فى ٢٧ ديسمبر ١٩٨٥

(٢) راجع ، فيليب ديليبك ، استمرار النشاط ، المرجع السابق ، رقم ٤ ، ريبير وربلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٢٢٦ ، د/ عبدالرافع موسى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٢.

٢٢- وقد وضع المشرع تنظيما لفترة المراقبة يكفل تحقيق الغرض الذي خصصت له . حيث إعتبرها بمثابة فترة إنتظار une période d'attente [١] تتخذ خلالها إجراءات تمهيدية preparatoire وتحفظية conservatoire تسمح للمدير القضائي l'administrateur، مستعينا بالخبراء بالوقوف علي حقيقة مركز المشروع من جميع الجوانب [٢] ، سواء كانت مالية financiers أو إجتماعية أو تجارية أو فنية techniques . وكذلك تحديد دور تصرفات المديرين في الحالة التي وصل إليها المشروع . ومن خلال هذه المراقبة الشاملة يقوم الخبراء بتشخيص dignostic حالة المشروع وتحديد مركزه المالي من خلال وضع الخطة d'élaborer de blan المناسبة لإصلاحه ، إذا كان ذلك ممكنا [٣] ، وإلا كان مصيره إلي

---

(١) راجع ريبير وربلو ، المرجع السابق ، رقم ٢٩٦٣ ، جان جاك داجر ، المرجع السابق ، ص ١٢.

(٢) راجع أ.د/ على سيد قاسم ، شرط الاحتفاظ بالملكية ونظام الافلاس ، رقم ٨٠ ، ص ٩٣.

(٣) حيث يتم اجراء التحليل الاقتصادى ببحيث قابلية المشروع للحياة La viabilité . من خلال قدرته على تغطية التزاماته العادية التي تتحملها المشروعات التي تعمل فى ذات المجال، ولا يكون المشروع كذلك إلا إذا كان قادر على استعادة نشاطه وقدرته على المنافسة بدون أى مساعدة خارجية aucune aid exterieure وإجراء هذا التحليل يحتاج إلى مكاتب ذات خبرة وسمعه عالمية أو محلية تبعاً لأهمية المشروع الوطنية أو الدولية .

أما تحليل المركز التجارى للمشروع فيعتمد على حجم نشاطه فى السوق عموما ، وفى داخل قطاع النشاط على المستوى الوطنى والاقليمى والمحلى خلال الخمس أو العشر سنوات السابقة ، والتطورات التى مر بها المشروع والصعوبات التي واجهته ، وكذلك جودة

==

التصفية القضائية . وتعرض هذه الخطة علي المحكمة التي تقرر ما تراه مناسبا ، سواء للمصلحة العامة أو مصلحة الدائنين . ولا تعتبر فترة المراقبة إجراء سابق une procédure préalable على إجراء التنفيذ الجماعي ولكنها مرحلة داخل هذه الإجراء يتم خلالها وضع تصور بشأن مستقبل المشروع ، سواء بالإصلاح أو بالتصفية .

ويري الفقه الفرنسي [١] أن إختيار المشرع إستمرار النشاط خلال فترة المراقبة كان موفقا لأنه يحقق فوائد كثيرة ، حيث يحافظ على قيمة أصول المشروع valorisation des actifs ويزيد القدرة على إجراء تشخيص موضوعي un diagnostic objectif وصادق sincere وشامل global لحالة المشروع ، لأن محاولة الإصلاح دون إستمرار النشاط إن لم تكن مستحيلة sinon impossible

---

== منتجاته وحجم الطلب عليها خلال هذه الفترة ، فضلا عن منحنيات التوزيع Les circuits de distribution لهذه المنتجات ومكانة المشروع من خلال تقدير حجم أعماله du chiffre d'affaires.

أما التحليل على المستوى الفنى أو التقنى فيتم بدراسة مستوى الآلية فى أدوات الانتاج Le degre d'automatisation de l'outil de production والسياسة التى ينتهجها المشروع وتكلفة الاستثمارات le cout des investissment وطرق الانتاج les methodes de production وانتاجيته la productivité فى اطار الخطة العامة .

أما التحليل على المستوى المالى financier فيتم اعداد معادلة L'adequation بين تكلفة وسائل التمويل الداخلى والخارجى ومقارنتها مع تكلفة وسائل التمويل الأخرى .

(١) راجع ، أوديل شاربوا ، المرجع السابق ، ص ٢١ - ٢٢.

فهي علي الأقل إحتمالية très aléatoire ، ومن ثم فإن إستمرار النشاط وفترة المراقبة لا يمكن وجود أحدهما دون الآخر من حيث المبدأ[1].

ومع ذلك فإن إستمرار النشاط لا يكون مفيدا في جميع الحالات ، ولذلك حدد المشرع هذه الفترة وإستمرار النشاط بالقدر اللازم لتشخيص حالة المشروع وإعداد خطة التقويم ، لأن قرار تصفية المشروع مثل قرار إصلاحه يترتب عليه آثار خطيرة بالنسبة للإقتصاد المحلي l'économie locale والإقليمي regionale ، فضلا عن الأشخاص الذين ترتبط مصالحهم بالمشروع ، مثل الموردين les fournisseurs والمقرضين les preteures والعملاء les clients ومن ثم يجب أن يتم إتخاذ هذا القرار في ظروف لا تسمح بالغلط l'erreur .

٢٣ - وإذا كان المشرع الفرنسي قد وضع مبدأ إستمرار نشاط المشروع خلال فترة المراقبة إلا أنه فرض أيضا خلالها بعض القيود مثل التي كانت مقررة في ظل نظام الإفلاس ، حيث يخضع الدائنون السابقون les créanciers anterièurs علي صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي للقيود المقررة بشأن منعهم من إتخاذ الإجراءات

---

(١) راجع إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٠٣ ص ٢٢٣ - ٢٢٤.

الإنفرادية suspension des poursuites individuelles ومنع قيد الحقوق interdiction des inscriptions التي يشترط القانون شهرها للاحتجاج بها في مواجهة الغير . كما تخضع ديون هؤلاء لإجراء تقديم وتحقيق الديون de claration et verification des créances وقبولها admission فى الإجراءات .

ولكن على خلاف القواعد المقررة في ظل نظام الإفلاس فإنه لايترتب على صدور حكم إفتتاح إجراء التقويم أو الإصلاح سقوط أجل الديون déchéance du terme . وبذلك يضمن المشرع تحقيق المساواة بين الدائنين ونجاح إستمرار نشاط المشروع بهدف إصلاحه[١].

كما أوجب المشرع الفرنسي [٢] أن يتم جرد l'inventaire أصول المشروع فور صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي . ومع ذلك يرى الفقه [٣] أن الجرد يجب أن يشمل جميع أموال المدين ، بما فيها أموال المشروع ، لأن إجراء التقويم أو الإصلاح le redressement قد يتحول إلى التصفية القضائية وهي تشمل جميع أموال المدين ولا تقتصر

---

(١) راجع ريبير وربلو ، المرجع السابق ، رقم ٢٩٦٨ ومابعدها ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٢٢ ومابعدها .

(٢) راجع المادة ٢٧ من القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥.

(٣) راجع ، ريبير وربلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٢٩ ، ص ١٠٥٠ ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٠٠.

على الأموال الخاصة بالمشروع . ويقوم بالجرد المدير القضائي أو ممثل الدائنين أو المدين أو ورثته ، حسب الأحوال ، وللقائم بالجرد أن يستعين بأهل الخبرة toute personne compétente في إجراء الجرد وتقييم l'estimation هذه الأموال .

كما يجوز وضع الأختام l'apposition des scelles بناء علي أمر القاضي المنتدب الذي يجوز له أيضا الأمر برفعها ، وذلك تبعا للظروف وبما لا يتعارض مع إستمرار نشاط المشروع .

وإذا تعلق الأمر بأحد الأشخاص الإعتبارية فإن المشرع يضع إجراءات معينة يمكن تطبيقها على مديري هذه الأشخاص التي يحكم ضدها بإفتتاح الإجراء الجماعى ، مثل منعهم من التصرف في الحقوق المقررة لهم في الشخص الإعتبارى ، سواء كانت هذه الحقوق أسهما des actions أو حصصا les parts sociales أو شهادات إستثمار les certificats d' investissement ، كما يجوز له منعهم من حق التصويت de droit de vote المقرر لهذه الحقوق في الشركة الخاضعة للإجراء الجماعى ، إلا طبقا الشروط أو القيود التي قررتها المحكمة . وتوضع هذه الحقوق في حساب يفتح لهذا الغرض بواسطة المدير القضائي باسم صاحب الحق ، ويمسك هذا الحساب

بواسطة الشـركـة أو أحـد الوسطاء المـاليـين l'intermédiaire financier حسب الحالة ، ولا يجوز إجراء أي تغيير في هذا الحساب بدون إذن من القاضي المنتدب (١) .

٢٣ - وقد إقتضي مبدأ إستمرار نشاط المشروع خلال فترة المـراقـبـة ألا يتـرتب علي حكم إفـتتـاح الإجـراءات غل يد le dessaisissement المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، كما هو مقرر في نظام الإفلاس التقليدى . حيث قرر المشرع الفرنسى (٢) للمدين حق الإستمرار في القيام بأعمال التصرف وأعمال الإدارة المتعلقة بذمته المالية ، وكذلك إستعمال الحقوق والدعاوى ، التي لا تدخل ضمن المهمة التي حددتها المحكمة للمدير القضائي طبقا للمادة ٣١ من ذات القانون ، التي تمنح المحكمة سلطة تكليف المدير القضائي بالقيام بكل أو بعض ما يأتي

١- مراقبة أعمال الإدارة التي يقوم بها المدين .

٢- مساعدة d' assister المدين في كل أو بعض التصرفات المتعلقة بإدارة أمواله .

٣- القيام بمفرده بكل أو بجزء من أعمال إدارة المشروع ، وفي

(١) راجع المادة ٢٨ من القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥.
(٢) راجع المادة ٣٢ من القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥.

هذه الحالة يعتبر المدين في حكم من غلت يده ، سواء كليا أو جزئيا حسب قرار المحكمة .

وفي الإجراءات المختصرة le regime simplifié التي تنطبق على الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص الإعتباريين الذين لايستخدمون في المشروع أكثر من خمسين عاملا ولا يزيد حجم أعمالهم عن مبلغ معين ، فإن إستمرار النشاط يتم بواسطة المدين [١]، وذلك ما لم تر المحكمة أنه من الضروري تعيين مدير قضائي ، وفي هذه الحالة يمكن أن تقرر المحكمة غل يد المدين أو تمثيله أو مساعدته بواسطة هذا المدير القضائي [٢] ، على النحو السابق الإشارة إليه في حالة الإجراء العام .

وبالنسبة للأشخاص الإعتبارية فإنه لا يترتب على صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي عزل الأشخاص القائمين على إدارتها من وظائفهم ولكن يظل لهم صلاحية تمثيل الشخص الإعتباري في الإجراءات التي تتطلب حضور المدين أو سماع أقواله ومع ذلك تتحدد سلطات هؤلاء الأشخاص تبعا للمهمة التي تكلف بها المحكمة المدير

---

(١) وذلك مع مراعاة السلطات المقررة لممثل الدائنين فى تجميد حقوق مديرى الشركة (م٢٨) وسلطات القاضى المنتدب فى دعوة الجمعية العامة للشركة (م٢٢) والاذن ببعض التصرفات (م٣٣).

(٢) راجع المادة ١٤١ من القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥ .

القضائي ، سواء كانت الرقابة أو المساعدة أو تمثيل الشخص الإعتبارى[1].

أما خلال فترة التصفية القضائية فإنه يترتب علي صدور الحكم الذي يقرر التصفية القضائية غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها .فضلا عن أن الحقوق والدعاوى المتعلقة بالذمة المالية للمدين يمارسها المصفي خلال فترة التصفية القضائية[2].

ولا شك أن هذه القواعد تتناسب مع الهدف الذي ينشده المشرع من مرحلة المراقبة التي تخصص للوقوف على الحالة الحقيقية للمشروع مما يقتضي إستمرار نشاطه ، أما مرحلة التصفية فتهدف إلى بيع أموال المدين ويرتب عليها غالبا زوال المشروع .

٢٤ - خلاصة القول أن آخر مراحل تطور القانون الفرنسي في مجال الإجراء الجماعي ، من الإفلاس إلي الإفلاس والتسوية القضائية ثم الإفلاس والتصفية القضائية ثم التسوية القضائية وتصفية الأموال وأخيرا التقويم أو الإصلاح والتصفية القضائية للمشروعات الذي يقوم على البدء بمرحلة مراقبة تلي صدور الحكم بإفتتاح الإجراء . وخلال هذه المرحلة ، التي تنحصر مدتها بين ٦- ٢٠ شهرا ، جعل المشرع الأصل

(١) راجع ربيير وربلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٣٦ .
(٢) راجع المادة ١٥٢ من القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥.

هو إستمرار نشاط المشروع ، حتي يمكن الوقوف علي حالته الحقيقية وتحليل مركزه من الناحية الاقتصادية والتجارية والإجتماعية والمالية ، ثم تحديد الأسباب التي أدت إلي توقفه عن الدفع ، وذلك بغرض تشخيص حالة المشروع وإقتراح الوسائل الكفيلة بإصلاحه وإعادته إلى حالته الطبيعية ، سواء كان بإستمراره مع إجراء بعض التعديلات أو التغييرات الهيكلية ،أو بالتنازل عنه كليا أو عن بعض وحداته الإنتاجية التى قد تكون سببا في تدهور حالة المشروع ، وأخيرا قد يكون الإقتراح بتصفية المشروع ضمن أموال المدين إذا لم يوجد أمل في إصلاحه .

وتعرض هذه المقترحات علي المحكمة لتختار منها ما تراه مناسبا في ضوء المصلحة العامة ومصلحة الدائنين .

ولما كان المبدأ هو إستمرار نشاط المشروع خلال مرحلة المراقبة فقد وضع الشرع القواعد التي تكفل نجاح ذلك ،حيث لم يرتب على صدور الحكم غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها ،ولا سقوط آجال الديون . كما قرر إستمرار العقود السارية وقت صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي ، حتى لا تتغير الظروف التي كان يمارس فيها المشروع نشاطه (١) . ولكي يضمن المشرع نجاح إستمرار نشاط

---

(١) راجع فى اعتبار ذلك خروجا على المبادئ العامة لقانون الالتزامات ، إمانول جوفن ، المرجع السابق ، ص ٨٢ ومابعدها .

المشروع فقد نظم الأولوية المقررة للدائنين الذين تنشأ ديونهم على وجه صحيح بعد صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي ، هذا بالإضافة إلى وضع القواعد الخاصة بكيفية إستمرار المشروع خلال هذه الفترة سواء بالإدارة المباشرة أو بتأجير الإستغلال ، على النحو الذي سنوضحه فى الفصل الثاني .

المبحث الثاني

شروط استمرار تشغيل تجارة المفلس في القانون المصري

تمهيد وتقسيم:

٢٥ - إذا كان استمرار نشاط المشروع يتم بصورة تلقائية في القانون الفرنسي ، على النحو سالف البيان ، فإن هذا الإستمرار يتم بصفة إستثنائية فى القانون المصري ، حيث أجازت المادة (٦٤٥ / ١) من قانون التجارة المصري الجديد " لقاضي التفليسة بناء على طلب أمينها أو طلب المفلس وبعد أخذ رأي المراقب ،أن يأذن بالإستمرار فى تشغيل المتجر ، إذا إقتضت ذلك المصلحة العامة أو مصلحة المفلس أو الدائنين " .

يتضح من ذلك أنه يجب توافر أربعة شروط لكي يمكن الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس خلال الفترة التمهيدية [1] التي تبدأ من تاريخ صدور حكم شهر الإفلاس وحتي يوم إنعقاد جمعية الصلح التي يقرر فيها الدائنون مصير المفلس والتفليسة ، إما بالصلح وإما بالإتحاد وهذه

---

(١) أما الاستمرار فى تشغيل هذه التجارة خلال فترة الاتحاد فتخضع لشروط أخرى حددتها المادة ٦٨٧ من قانون التجارة التجديد . التى تنص على أنه " ١ - لا يجوز لأمين الاتحاد الاستمرار فى تجارة المدين ولو كان مأذونا فى ذلك من قبل إلا بعد الحصول على تفويض يصدر بأغلبية تمثل ثلاثة أرباع الدائنين عددا ومبلغا ، ويجب أن يعين فى التفويض مدته وسلطة أمين الاتحاد والمبالغ التى يجوز له استبقاؤها تحت يده لتشغيل التجارة . ٢ - ولا يجوز تنفيذ التفويض بالاستمرار فى التجارة إلا بعد تصديق قاضى التفليسة عليه " .

الشـروط هي : الطلب وأخذ رأي المـراقب وتوافـر المـصلحـة التي تبـرر الإستمرار في التشغيل بالاستمرار في التشغيل . ومما لا شك فيه أن وضع المشرع لهذه الشروط وضرورة الحصول على إذن مسبق من قاضي التفليسة لكي يمكن الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس - يمثل حماية للدائنين الذين تتكون منهم جماعة الدائنين وذلك حتى لا يتم التشغيل في ظروف غير مناسبة مما يترتب عليه زيادة الديون وانخفاض قيمة أصول المشروع مما يضعف فرصتهم في إسترداد حقوقهم ، لأن الديون التي تنشأ عن إستمرار النشاط يحتج بها علي جماعة الدائنين [١] .

وسنتاول هذه الشروط بشئ من التفصيل فيما يأتى .

اولا : طلب الإستمرار في تشغيل المتجر :-

٢٦ - نظرا للطبيعة الإستثنائية لإستمرار تشغيل تجارة المفلس فقد ربط المشرع هذا الإستمرار بطلب يقدمه أصحاب المصلحة ، سواء كان أمين التفليسة أو المفلس . ولا يشترط أن يقدم الطلب من الإثنين معا ، أو أن يوافق أحدهما علي الطلب الذي يقدمه الآخر ، و إنما يجوز لأي منهما أن يتقدم بهذا الطلب إلى قاضى التفليسة مباشرة .

ولم يحدد المشرع ميعادا معينا لتقديم هذا الطلب ، ومن ثم يجوز تقديمه في أي وقت بعد صدور حكم شهر الإفلاس وقبل إنعقاد جلسة

---

(١) راجع ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٣٢.

الصلح . ولكن ينبغي أن يقوم هذا الطلب قبل هذه الجلسة بوقت كاف تتحقق معه المصلحة المنشودة من الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس. كما لم يحدد المشرع صيغة معينة لهذا الطلب ، ولذا يكفى أن يتضمن ما يدل على جدية الأسباب التي يطلب إستمرار التشغيل من أجلها .

وإذا كان المشرع قد قصر طلب الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس علي كل من أمين التفليسة ، بإعتباره المطلع على أحوالها وعلي ما يمكن أن يحدث من وراء هذا الإستمرار . كما خول هذا الحق للمفلس بإعتباره صاحب مصلحة في ألا يفقد عملاء متجره مما يزيد من فرصة حصوله علي الصلح مع الدائنين ، **فإنه يثور التساؤل عما إذا كان يجوز تقديم هذا الطلب من الدائنين أو أحدهم ؟ أو أن يأمر قاضي التفليسة بذلك من تلقاء نفسه ؟** . مع صراحة النص فإنه لا يجوز أن يطلب الدائنون من قاضي التفليسة الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، وليس أمامهم إلا أن يطلبوا بصفة ودية من أمين التفليسة أو المفلس تقديم مثل هذا الطلب . وقد يكون السبب في عدم منح الدائنين الحق في تقديم طلب إستمرار تجارة المفلس هو الخوف من عدم إتفاقهم على ذلك. . مع ذلك يبدو هذا التخوف غير مبرر لأن الأمر في النهاية بيد قاضي التفليسة وقد يكون من الأفضل منحهم هذا الحق لكي تزداد وسائل البحث عن إنقاذ تجارة المفلس . أما عدم السماح لقاضى

التفليسة بإصدار الأمربإستمرار في تشغيل تجارة المفلس من تلقاء نفسه فإنه لا تظهر حكمة معينة من وراء ذلك ، بل إن هذا المنع يحرم قاضي التفيسة من القيام بدور إيحابي في توجيه إجراءات الإفلاس ، مما يحول دون التواطؤ بين أمين التفليسة والمفلس . ولذلك كان من الأفضل منح قاضي التفليسة سلطة إصدار الأمر بإستمرار تشغيل تحارة المفلس من تلقاء نفسه .

ثانيا : اخذ راي مراقب التفليسة :

٢٧ - استحدث قانون التجارة الجديد نظام مراقب التفليسة الذى يختار من يبن الدائنين ، وذلك لعدم كفاية الاكتفاء برقابة قاضي التفليسة على أعمال أمينها ، إذ قلما يكون لدى القاضى الوقت الكافي للرقابة الفعالة على جميع أعمال التفليسات التي تدخل في دائرة إختصاصه . وطبقا للمادة (١/٥٨٢) من هذا القانون يعين قاضي التفليسة مراقبا أو أكثر من الدائنين الذين يرشحون أنفسهم لذلك ،بشرط ألا يكون المراقب أو النائب عن الشخص الإعتباري المعين مراقبا ، زوجا للمفلس أو قريبا إلي الدرجة الرابعة (م ٥٨٣) .

وقد إعترف المشرع للمراقب بسلطات تجعله على علم كامل بأحوال التفليسة وبما يقوم به أمينها من أعمال وتصرفات فى إدارتها ، حيث خول المراقب الحق في أن يطلب من أمين التفليسة إيضاحات عن سير إجراءاتها وعن إيراداتها ومصروفاتها وحالة الدعاوى المتعلقة بها

(م ٥٨٤ /٢) . هذا بالإضافة إلي قيامه بفحص الميزانية والتقرير المقدمين من المدين ، وغير ذلك من المهام التي يكلفه بها قاضي التفليسة في شأن الرقابة على أعمال أمين التفليسة ، وبصفة عامة ، فهو يعاون قاضي التفليسة في القيام بهذه الرقابة (م ٥٨٤ /١).

لما كان المراقب قريبا من أعمال التفليسة علي هذا النحو ، فقد كان من المنطقي أن يشترط المشرع أحذ رأيه في الطلب الذي قدمه أمين التفليسة أو المفلس للحصول على إذن قاضي التفليسة بالاستمرارفي تشغيل تجارة المفلس . وقد يكلفه قاضي التفليسة بدراسة هذا الطلب كمهمة خاصة ،وله في هذا الشأن أن يطلب من أمين التفليسة أو المدين الإيضاحات التي تؤكد مصداقية هذا الطلب والجدوي التي تعود من وراءه .

وإذا كان المشرع قد إشترط أخذ رأي المراقب إلا أنه لم يجعل هذا الرأي ملزما لقاضي التفليسة ، الذي يجوز له أن يتبنى رأيا مغايرا لما إتنهى إليه المراقب . ولكن لايجوز لقاضي التفليسة أن يصدر قراره بشأن الطلب المذكور دون أحذ رأي المراقب ، سواء تم ذلك في شكل تقرير مكتوب أو يكتفي بسماع رأيه شفاهة ثم يثبت ذلك في الأوراق ، لأن المشرع جعل أخذ رأيه وجوبيا وليس إختياريا لقاضي التفليسة .

ويعتبر شرط أخذ رأى المراقب بمثابة ضمانة لحماية مصلحة

الدائنين ومنع التواطؤ بين أمين التفليسة والمفلس . وبهذا الشرط أيضا استغنى المشرع عن أخذ رأى الدائنين قبل النظر فى الإذن بالاستمرار فى تشغيل تجارة المفلس . ولاشك أن ذلك يدل على رغبة المشرع فى تشجيع وتيسير إصدار هذا الإذن .

ثالثا : *المصلحة التي تبرر الإذن بالإستمرار في التشغيل* :

٢٨- لما كان نظام الإفلاس يهدف إلى التنفيذ الجماعي على أموال المفلس ، ومن ثم ترمي قواعده إلى المحافظة على الحالة المالية للمفلس بالصورة التي كانت عليها وقت شهر الإفلاس ،أي وقف نشاطه تمهيدا لتجهيز التفليسة للحل الذي يقرره الدائنون في حلسة الصلح . ولما كان هذا الوضع قد يكون ضارا ، فقد أجاز المشرع لقاضي التفليسة أن يأذن بالإستمرار في تشغيل متجر المفلس ،إذا كان هذا الإستمرار يحقق " المصلحة العامة أو مصلحة المفلس أوالدائنين " (م ٦٤٥ / ١ تجاري جديد) . أي أن المشرع يضع في الإعتبار ثلاث مصالح تقوم مبررا للإذن الصادر بالإستمرار في تشغيل متجر المفلس [١]، ومن ثم

---

(١) راجع : أ.د/ على حسن يونس ، الإفلاس والصلح الواقى منه ، طبعة ١٩٩٢، رقم ٣٠٠، ص٣٩٣ ، أ.د/ عماد الشربينى ، القانون التجارى ، الكتاب الثانى ، طبعة ١٩٩٩-٢٠٠٠. ص ٦٠٤ ، أ.د/ أحمد محرز ، العقود التجارية والافلاس، طبعة ٢٠٠١، رقم ١٨٦ ، ص ٤٤٢ ، أ.د/ فايز نعيم رضوان ، القانون التجارى ، العقود التجارية وعمليات البنوك والأوراق التجارية والافلاس ، الطبعة الرابعة ، ٢٠٠٢-٢٠٠٣ ، رقم ١٥٩ ، ص ١٠٤١ ، أ.د/ رضا عبيد ، القانون التجارى ، الطبعة الخامسة ، رقم ٧٨٤-٢، ص ٧٩٦.

لايشترط أن يكون الإستمرار محققا لهذه المصالح مجتمعة وإنما يكفي أن تتحقق أحدهم فقط . وإذا كان المشرع يشترط لإصدار الإذن بالإستمرار أن تقتضيه أحد هذه المصالح فإن المنطق يقتضي القول بأنه إذا كان من شأن هذا الإستمرار إلحاق الضرر بالمصالح الأخرى ، فإنه لايجوز إصدار الإذن ، لأن منع المفاسد مقدم علي جلب المنافع .

وتأتي المصلحة العامة l' intéret générale في مقدمة المصالح التي تبرر الإذن بالاستمرار في تشغيل تجارة المفلس (١) ، حيث تضار المصالح الإقتصادية والإجتماعية والسياسية للمجتمع من توقف المشروعات الكبيرة (٢) ، بصرف النظر عما إذا كانت مملوكة للقطاع الخاص أو القطاع العام (٣) . ويتمثل الضرر في الآثار الناشئة عن وقف نشاط المشروع ، حيث يؤدي ذلك إلى حرمان السوق من السلع أو الخدمات التي كان يقدمها هذا المشروع ، مما يؤثر على إشباع حاجات المستهلكين التي يتوجهون إلى إشباعها عن طريق الإستيراد . وإذا كان هذا المشروع يوجه إنتاجه إلى الخارج ، فإنه يحرم خزانة الدولة من أحد مصادر النقد الأجنبي . كما يؤدى وقف النشاط إلي تسريح

---

(١) راجع ، ريجو موليير ، المرجع السابق ، ص ٥ ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٤٠.

(٢) د. على البارودى ، د/ فريد العرينى ، المرجع السابق ، رقم ٢٥٦-٦ ، ص ٣٦٦.

(٣) وهذا ما جعل المشرع ينص صراحة على عدم جواز شهر افلاس شركات القطاع العام ، راجع المادة ٤٧ من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣.

العاملين في المشروع وعدم حصولهم على مرتباتهم ، مما يزيد حجم البطالة ويزيد الأزمة الاقتصادية . وإذا كان الضرر واضحا في حالة المشروعات الكبري فإنه موجود أيضا في حالة توقف المشروعات الصغيرة ذات الأهمية الإستراتيجية في تنفيذ خطة التنمية ، وخاصة إذا زاد عدد هذه المشروعات التي توقف نشاطها نتيجة شهر إفلاس مالكيها . ولا شك أن إستمرار تشغيل تجارة المفلس يحقق المصلحة العامة دائما ، لأنه يحافظ علي الوحدات التي يتكون منها إقتصاد المجتمع . وتتضح صلة المشروع بالمصلحة العامة من حيث حجم نشاطه وعدد العاملين فيه وعلاقته مع المشروعات الأخري ، فقد يشترى مواد خام أو يعتمد على صناعات أخري مغذية لنشاطه أو قد يكون هو الذي يغذي صناعات أخرى ، وينظر إليه كذلك من حيث تأثير وقف النشاط سواء على المستوي الوطني أو على مستوى الإقليم الذى يعمل فيه ، خاصة المشروعات التي تقدم الخدمات العامة للجمهور كشركات النقل والكهرباء والمياه .

وغالبا ما تتحقق مصلحة المفلس[1] مع الإستمرار في تشغيل

---

(١) راجع د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٤٦١ ، ص ٦٦٦ ، د/ حسنى المصرى ، المرجع السابق ، رقم ٣٤٥ ، ص ٤٢٤ ، د/ على البارودى ، د/ فريد العرينى ، المرجع والمكان السابقين . د/ حسين الماحى ، أحكام الإفلاس ، طبعة ٢٠٠٠ ، رقم ١١٧ ، ص ٢٦٦ . أ.د/ عبدالفضيل محمد أحمد ، القانون التجارى ، أ.د/ محمد صالح ، شرح القانون التجارى ، الجزء الثانى ، الطبعة الثالثة ١٩٣٤ ، رقم ٢٩٥.

متجره خلال هذه الفترة التمهيدية ، لأن ذلك يمنع انصراف العملاء la clientèle عن المحل التجاري ، مما يترتب عليه إنهيار قيمته ، كما يحافظ على الأيدى العاملة التي إكتسبت خبرة في مجال نشاط المحل . وكل ذلك من شأنه أن ينقذ المفلس ويزيد فرصة حصوله على الصلح مع الدائنين ، كما يدعم قدرته على تنفيذ شروط هذا الصلح ، لأنه يعود إلى تجارته وهي محتفظه بكافة مقوماتها . وخاصة أن الظروف قد تتغير إلى الأحسن بعد الحكم بشهر الإفلاس ، حيث قد تزول الأسباب التى أدت إلي توقف المفلس عن الدفع ، لاسيما وأن التوقف عن الدفع la cessation de paiements الذي يعتبر شرطا لشهر إفلاس التاجر يعني إضطراب حالته المالية وفقدان الإئتمان la perte du crédit نتيجة وجوده في وضع مالي ميئوس منه طبقا للظروف المعاصرة لحكم شهر الإفلاس ، وهذا الوضع لا يعني إعسار l'insolvabilité التاجر [١] . بل إن الواقع العملي يدل على إستخدام دعوى شهر الإفلاس كوسيلة لإجبار المدين علي الوفاء بدلا من رفع دعوى مطالبة بالدين أو إتخاذ إجراءات التنفيذ طبقا للقواعد المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارة . وإذا ما شهر الإفلاس وتوقف النشاط ولو مؤقتا فإنه يترتب عليه بالغ الضرر بالنسبة للمفلس .

---

(١) راجع ليون ريجو موليير ، المرجع السابق ، ص ٤.

كما قد يكون في الاذن بالإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ما يحقق مصلحة الدائنين،[١] لأن ذلك يحافظ على قيمة المحل التجاري من الإنهيار ، مما يساعد على حصولهم على شروط أفضل في حالة الصلح مع الفلس ، حتى فى حالة الإتحاد فإنه سيتم بيع المحل التجاري كوحدة مستمرة النشاط ، ولا شك أن ذلك سيكون بثمن أكبر مما لو تم بيع عناصر هذا المحل كل على حدة ، وهذا يزيد من فرصة الدائنين في إستيفاء أكبر قدر من حقوقهم .

ويتمتع قاضي التفليسة بسلطة تقديرية في تحديد المصلحة التي تتحقق من إستمرار تشغيل تجارة المفلس ، وله في سبيل ذلك الإستعانة بالتقارير التي يكلف بها المتخصصين ، ولهذا الغرض أيضا إشترط المشرع أخذ رأي مراقب التفليسة بإعتباره عين قاضيها في الرقابة على حالتها وأعمال وتصرفات أمينها .

رابعا : إذن قاضي التفليسة بالإستمرار في التشغيل (٢)

٢٩ - لا يجوز الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس إلا بعد صدور الإذن بذلك من قاضى التفليسة . وقد عبرت عن ذلك صراحة المادة

---

(١) د/ على البارودى ، د/ محمد فريد العرينى ، المرجع والمكان السابقين ، أ.د/ محمد بهجت عبدالله قايد ، عمليات البنوك ، الافلاس ، الطبعة الثانية ٢٠٠٠ ، رقم ٤٤٤ ، ص ٣٩٢ .

(٢) وذلك بعكس الاستمرار خلال فترة الاتحاد حيث يتوقف على تفويض يصدر بأغلبية تمثل م ثلاثة أرباع الدائنين عددا ومبلغاً (م ٦٨٧ /١ تجارى مصرى جديد).

(١/٦٤٥)من قانون التجارة المصري الجديد . وبذلك أزالت اللبس الذي أحدثته صياغة المادة (٢٦٢) من قانون التجارة المصري الملغي التي أجازت" لوكلاء المداينين الإستمرار على تشغيل محل التجارة بأنفسهم أو بواسطة شخص آخر يقبله مأمورالتفليسة ويكون التشغيل تحت ملاحظته" . مما قد فهم منه البعض أن إذن مأمور التفليسة لايشترط إلا إذا كان إستمرار التشغيل سيتم بواسطة شخص آخرغير وكيل الدائنين . ولكن الرأي السائد كان على ضرورة صدور إذن من مأمور التفليسة للإستمرار في تشغيل تجارة المفلس سواء كان التشغيل سيتم بواسطة وكيل الدائنين أو أي شخص آخر لأن مأمور التفلبسة هو المختص بإصدار الأوامر بإتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على أموال التفليسة وإدارتها [١] .

ويذهب البعض [٢] إلى القول بأنه يمكن لمحكمة الإفلاس أيضا أن تقرر فى حكم شهر الإفلاس ذاته الاستمرار فى تشغيل متجر المفلس . ويستدلون على ذلك بما قررته المادة ١/٦٥٣هـ التي تجيز عدم وضع الأختام ، بأمر من قاضى التفليسة ، على الأشياء اللازمة لتشغيل المتجر إذا تقرر الاستمرار فى تشغيله . ووجه الاستدلال أنه لما كانت محكمة الافلاس هى التي تأمر ابتداء ، فى حكم الافلاس ، بوضع الأختام على محل تجارة المدين (م١/٥٦١) ، فإن من سلطتها أن تأمر

---

(١) راجع د/محسن شفيق ، المرجع السابق، ص ٦٦٦ ، هامش رقم ٢ ، د/ على يونس ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٠ ، ص ٣٥٩.

(٢) راجع ، د/ على البارودى ، د/ فريد العرينى ، المرجع السابق ، رقم ٢٥٦ -٦، ص ٣٦٦.

بعدم وضع الأختام ابتداء وتقرر الاستمرار فى تشغيل متجر المفلس ، لأن مايجوز لقاضى التفليسة يجوز للمحكمة من باب أولى ، خاصة أن القاضى هو عضو فى محكمة الإفلاس ويخضع لإشرافها .

ويمكن قبول هذا الرأى ، لأنه يساعد على سرعة الاستمرار فى تشغيل تجارة المفلس وعدم توقفها فترة حتى يطلب ذلك أمين التفليسة من قاضيها . وهو رأى يعالج فرض لم تتعرض له المادة٦٤٥ من قانون التجارة الجديد .

ويتمتع قاضي التفليسة بسلطة تقديرية في إجابة طلب الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس [١]، تبعا لما يعود به هذا الإستمرار من فائدة سواء على المصلحة العامة أو على المفلس أو الدائنين . فإذا رأى أن الاستمرار في التشغيل يحقق هذه المصالح أو أحدهم ، دون الإضرار بالأخرى ، فإنه يجيب طلب الإذن بالإستمرار ، وإذا رأى غير ذلك رفض الطلب، وبالتالي يظل نشاط المفلس متوقفا حسب الأصل . وفي هذه الحالة يجب أن يكون قرار الرفض مسببا لكى يمكن الرقابة عليه أثناء الطعن فيه أمام محكمة الإفلاس .

ويثور التساؤل في هذه الحالة عن المصلحة التي يجب أن يفضلها قاضي التفليسة إذا تعارضت المصلحة العامة مع مصلحة الدائنين أو المفلس في حالة إستمرار النشاط ، فهل يفضل المصلحة العامة دائما ولو أضررت بالدائنين والمفلس ؟ أم أنه ينبغي أن يحافظ علي مصلحة الدائنين دائما بإعتبارها المصلحة التي تهدف قواعد الإفلاس إلى

(١) د/ حسن الماحى ، المرجع السابق رقم ١١٧ . ص ٢٦٧ .

حمايتها ؟ للإجابة علي هذا التساؤل ينبغي القول في البداية أنه من غير المعقول أن يعلي قاضى التفليسة المصلحة العامة في هذا المجال ولو كانت تلحق ضررا بالدائنين ، لأن هذا القول يتعارض مع الغاية التي تهدف إليها قواعد الإفلاس التي تضع مصلحة الدائنين في المقام الأول. ومع ذلك ينبغي ألا ننظر إلي الموضوع بنظرة أحادية الجانب حيث لا يعني تحقيق المصلحة العامة الإضرار بالدائنين في جميع الحالات لأن هاتين المصلحتان لا تناقض بينهما ، ومن ثم يمكن لقاضي التفليسة أن يأذن بما يحقق المصلحة العامة ولا يضر بمصلحة الدائنين .

مضمون الإذن بالاستمرار في التشغيل :

٣٠ - وفي حالة صدور الإذن بالإستمرار في تشغيل تجارة المفلس لم يترك المشرع لأمين التفليسة حرية تحديد الكيفية التي تستمر بها هذه التجارة ولكنه خول قاضي التفليسة سلطة تعيين من يتولي إدارة المتجر وما يحصل عليه من أجر ، وذلك بناء على إقتراح أمين التفليسة (م ٦٤٥ /٢ تجاري جديد) .

وقد يتم هذا التعيين في ذات الإذن بالتشغيل أو في قرار لاحق . كما يجوز لقاضي التفليسة أن يأذن بإستمرار تجارة المفلس عن طريق تأجير إستغلال المتجر إلى الغير الذي يلتزم بدفع إيجار محدد ويتحمل جميع الإلتزامات والمخاطر الناشئة عن التشغيل .

وطالما أن قاضي التفليسة قد أذن بالإستمرار في تشغيل تجارة

المفلس فإنه يأمر من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أمين التفليسة بعدم وضع الأختام أو برفعها عن الأشياء اللازمة لهذا التشغيل(م ٦٣٥ / هـ تجاري جديد) ، ويستوي أن يصدر هذا القرار ضمن الإذن بالتشغيل أو في قرار لاحق .

وينبغي أن يحدد قاضي التفليسة في قراره المدة التي يتم خلالها الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس . فإذا لم يحدد هذه المدة يفترض أنه يستمر حتي أقرب الأجلين إما صدور قرار بوقف النشاط وإما بإنتهاء الفترة التمهيدية التي تنتهي بإنتهاء جلسة الصلح [1]، التي يقرر فيها الدائنون : إما الصلح مع المفلس ، وبالتالي يعود سيدا علي أمواله ويتابع تشغيل تجارته كما كان قبل الحكم بشهر إفلاسه . أما إذا أصبح الدائنون في حالة إتحاد فلا يجوز لأمين التفليسة الإستمرار في تشغيل تجارة المدين لو كان مأذونا في ذلك من قبل ، حيث يخضع إستمرار تشغيلها لشروط أخرى مختلفة حددتها المادة ٦٨٧ من قانون التجارة الجديد .

---

(١) وهذه الفترة لم يضع لها المشرع حدا أقصى ، كما فعل المشرع الفرنسى حيث أقلها ستة أشهر وأقصاها عشرون شهرا فى الاجراء العام أما فى الاجراء المختصر فمدتها أربعة أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة ، ويتضح من المواد ٢/٦٥٣ ، ٦٥٤ ، ٣/٦٥٥ ، ١/٦٥٦ ، ٢/٦٦٢ من قانون التجارة المصرى الجديد أن هذه المدة أقصاها ١٣٦ يوماً ، ولكن هذه المواعيد التي حددها المشرع ، سواء لتحقيق الديون وإيداع القائمة النهائية والتظلم منها والطعن فى قرار التظلم ، هى مواعيد تنظيميه لا يترتب عليها أى جزاء ولذلك نجد الفترة التمهيدية تطول مدتها من الناحية العملية لأكثر مما حدده المشرع بكثير حتى تنتهى الاجراءات .

ويتمتع قاضي التفليسة بسلطة تقديرية عند طلب الإذن بالاستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، وذلك في ضوء ما تقتضيه المصلحة العامة أو المصلحة المفلس أو الدائنين . ولم يشترط المشرع أن يصدر قاضي التفليسة قراره بشأن هذا الطلب خلال مدة معينة من تاريخ تقديمه ، وإذا تأخر في إصدار القرار فلا يعتبر ذلك رفضا للإذن بالإستمرار في التشغيل ،كما لا يمنع ذلك المفلس أو أمين التفليسة من تقديم طلب جديد .

وإذا تعددت أنشطة أو محال المفلس فيجوز للقاضي أن يأذن بالاستمرار في تشغيلها جميعا أو بتشغيل بعضها فقط ، تبعا لما تقتضيه المصلحة العامة أو مصلحة المفلس أو الدائنين .

وتسري على القرار الصادر بشأن طلب الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس القواعد العامة بشأن القرارات الصادرة من قاضي التفليسة ، حيث يودع القرار قلم كتاب المحكمة في اليوم التالي لصدوره . وإذا رأي أن هذا الإيداع لا يحقق العلم بالقرار جاز له أن يأمر قلم الكتاب بتبليغ القرار إلى الأشخاص الذين يعينهم ، وهم أمين التفليسة والمفلس والدائنين . ويكون التبليغ بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول أو بأي طريقة أخرى يراها قاضي التفليسة[١] .

---

(١) راجع المادة ٥٧٩ من قانون التجارة المصرى الجديد .

الطبيعة القانونية لقرار قاضي التفليسة :-

٣١ - إذا أصدر قاضي التفليسة قرارا بالإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، فهل يجوز له العدول عن هذا القرار وإصدار أمر آخر بوقف التشغيل ؟ لم ينص المشرع على الإجابة عن هذا التساؤل ، ومن ثم ترتبط الإجابة عليه بتحديد طبيعة هذا القرار الذي أصدره قاضي التفليسة . ولما كان هذا القرار لايعتبر من الأحكام القضائية ،لأنه لايفصل في خصومه تتعلق برابطة قانونية سابقة على صدوره ، فهو من الأعمال الولائية juridiction gracieuse [(١)] التى تتضمن الإذن بالقيام بعمل قانوني معين لا يستطيع المأذون له أن يقوم به بغير موافقة القضاء . وهذا لا يعني أنه يعتبر عملا إداريا بالمعني الدقيق[(٢)]. ولذلك يخضع أمر قاضي التفليسة للنظام القانوني للعمل الولائي ، وهو يختلف عن النظام القانوني للعمل القضائي [(٣)]، حيث لا يجوز حجية الأمر المقضي ، ولا يترتب عليه إستنفاد سلطة القاضي في إعادة النظر مرة أخري في المسألة التي صدر بشأنها الأمر ، وإنما يجوز له أن يرجع في قرار أو يعدله فيأمر بوقف تجارة المفلس أو بتغييركيفية تشغيلها . ولكن يشترط لكى يستطيع القاضي العدول عن القرار أو يعدله توافر

(١) راجع د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٤٢٩ ، ص ٦٢٤ .
(٢) راجع د/ فتحى والى ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، طبعة ١٩٨١ ، ص ٤٤ .
(٣) راجع تفصيلا فى ذلك ، د/ فتحى والى ، المرجع السابق ، رقم ٢٠ ، ص ٤٤ ومابعدها .

شرطان[١]: **الأول** : أن تتغير الظروف التي صدر على أساسها قرار التشغيل ،كأن تكشف التقارير الشهرية التي يقدمها أمين التفليسة عن سير التجارة أن الإستمرار في تشغيلها لن يحقق المصلحة العامة أو مصلحة المفلس أوالدائنين . كما يجوز للقاضي أيضا العدول أو تعديل قراره إذا تبين أن هناك ظروفا لم يكن يعلمها وقت صدور أمر التشغيل . **أما الشرط الثاني** : فهو ألا يترتب على إلغاء قرار الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس أو تعديله مساس بالحقوق التي إكتسبها الغير حسن النية قبل إلغاء الأمر أو تعديله .

ولايعتبر عدول قاضي التفليسة عن قراره أو تعديله طريقا من طرق الطعن في هذا القرار ، وإنما يجوز له أن يقوم بذلك من تلقاء نفسه أو بناء علي طلب من أمين التفيسة أو الدائنين أو مراقب التفليسة ، وذلك بمقتضى سلطته فى مراقبة إدارة التفليسة وملاحظة سير إجراءاتها والأمر بإتحاذ التدابير اللازمة للمحافظة علي أموالها .

ولا يشترط أن تقوم قاضي التفليسة بذلك خلال مدة معينة من تاريخ صدور الأمر بالإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، وإنما يجوز له إلغاء الأمر أو تعديله في أي وقت ، لأن هذا القرار لا يتحصن [٢] ،

---

(١) راجع د/ فتحى والى ، المرجع السابق ، ص ٤٦ .
(٢) وذلك بعكس القرارات الادارية التي تتحصن بمضى ٦٠ يوما من تاريخ صدور القرار.

لإرتباطه بتغير ظروف التفليسة والمصلحة التي صدر من أجل تحقيقها ، ومن ثم يجب أن يدور وجودا وعدما مع هذه الظروف وتلك المصلحة .

ومن الجدير بالذكر أن سلطة قاضي التفليسة في إلغاء أو تعديل الإذن بالإستمرار في تشغيل تجارة المفلس تتوقف علي نتائج الإستغلال التى تتضح من خلال التقرير الشهري الذي يلتزم أمين التفليسة بتقديمه إلى قاضي التفليسة (م ٣/٦٤٥ تجاري جديد) . فإذا تبين أن من شأن الإستمرار في التشغيل زيادة حالة المشروع تدهورا فإنه يسحب القرار السابق بقرار آخر يوقف التشغيل . وفي هذه الحالة يتمتع قاضي التفليسة بسلطة تقديرية أيضا .

الطعن علي قرار رفض الإذن بالتشغيل:

٣٢- يري فقه المرافعات [١] أنه نظرا للطبيعة الخاصة للأعمال الولائية فإنها لا تخضع لطرق الطعن التى تخضع لها الأعمال القضائية، وذلك لأن الطعن بطبيعته يهدف إلى إصلاح خطأ في الحكم ، ولما كان العمل الولائي لا يعتبر حكما فإنهُ يغني عن الطعن فيه سلطة القاضي الذي أصدر الأمر في إلغائه أو تعديله . ،لكن هذا الإتجاه لم يلق قبولا في الفقه الحديث ، لأن إعتبارات العدالة إقتضت الإعتراف بحق التظلم من القرارات التي تتصل بمصالح أشخاص معينين . هذا

(١) راجع د/ فتحى والى ، المرجع السابق ، ص ٤٧ - ٤٨.

فـضـلا عـن أن سلطة القـاضي في إلغـاء أو تعـديل الأمـر تتـوقف علي الظروف التي صدر علي أساسها ،سواء بنشأة ظروف جديدة أو إكتشاف ظروف لم تكن تحت نظره عند إصدار الأمـر ، ومن ثم يكون الإعتـراف بحق الطعن في القرار الولائي لرفع الضرر الذي يترتب على هذا القرار ، ولو لم تتغير الظروف التي صدر علي أساسها أمرا ضروريا لأن القرار قد لا يكون ملائما .

وقد أخذ قـانون التـجارة المصري بحل يجمع بين هذين الإتجاهين حيث جعل الأصل عدم جـواز الطعن في القرارات التي يصدرها قـاضي التـفليسة ، مـا لم ينص القـانون علي غـير ذلك أو إذا كان القـرار ممـا يجـاوز اخـتـصـاصـه (م ٥٨٠ تجـاري جـديد) . وقـد أجـازت المـادة (٤/٦٤٥) الطعن علي قرار قاصي التفليسة برفض الإذن بالإستمرار في تشغيل المتجر . **كما حددت صاحب الصفة في الطعن في هذا القرار وهما : المفلس وأمين التفليسة** ، ولم تعترف بهذا الحق لأي من الدائنين ، رغم أن من أسباب صدور قرار الإذن بالتشـغيل هو تحقيق مصلحة الدائنين بالاضافة إلي المصلحة العامة أو مصلحة المفلس ، وكـان المنطق يقتضي الاعتراف لهم بحق الطعن علي قرار رفض التشغيل ، إلا أن المشرع إكتفي بالمفلس وأمين التفليسة بإعتبارهما أصحاب الصفة في تقديم طلب الإذن بالاستمرار في تشغيل المتجر ، فضلا عن أن أمين التفليسة يختص بتمثيل جماعة الدائنين والمحافظة على حقوقها ورعاية مصالحها .

ونظرا لأن المشرع لم يحدد مدة يجب خلالها أن يصدر قاضي التفليسة قراره بشأن طلب الإذن بالإستمرار في تشغيل تجارة المفلس فإن تأخير القاضي النظرفي هذا الطلب لا يعتبر بمثابة قرار سلبي برفض الإذن ، ومن ثم لا يجوز الطعن عليه ، لأن المشرع ربط الطعن بصدور قرار برفض الإذن بالإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ولم يكتف بمجرد الإمتناع عن إصدار الإذن ، حيث يرتبط صدور هذا الإذن بتحقيق مصالح ترك المشرع للقاضي حرية تقديرها ، من حيث صدور القرار ووقت إصداره ، ولا ينطبق على القرارات الولائية التي يصدرها قاضي التفليسة في هذا الشأن القواعد المقررة بشأن القرارات الإدارية (١).

٣٣- وقد قصرالمشرع جواز الطعن علي القرار الصادر برفض الإذن بالإستمرار في التشغيل ، أما القرار الصادر بإجابة طلب الإذن بالإستمرار فلم يجز المشرع الطعن فيه . ويبدو ذلك طبيعيا بالنسبة لطالب الإذن لأن أمر القاضي أجاب طلباته ومن ثم فلا يجوز له الطعن فيه لعدم توافر المصلحة ، حيث تقضي القواعد العامة بأنه لا يجوز الطعن ممن قضي له بطلباته (٢).

أما الذي لم يقدم طلب الإذن ،سواء كان المفلس أو أمين

---

(١) راجع . د/ فتحى والى ، المرجع السابق ، ص ٤٨.
(٢) راجع المادة ٢١١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

التفليسة ، أو الدائنين الذين ليس لهم حق تقديم هذا الطلب فيبدو حرماتهم من الطعن في قرار الإذن بتشغيل تجارة المفلس أمرا منتقدا ، لأن القرار يتصل بمصالحهم ، وخاصة الدائنين ، وقد يضر بها ، مما يوجب فتح باب الطعن أمامهم لكي يطلبوا رفع الضرر ، ولا شك أن ذلك يساعد على أن يكون قرار الإستمرار في التشغيل أكثر مصداقية في تحقيق مصالح أصحاب الشأن ، لأن السماح للدائنين بالطعن في القرار قد يضع تحت نظر الحكمة أسباب وإعتبارات لم يحط بها القاضي علما عند نظر الطلب ،وهذايمنع التحايل الذي يمكن أن يقع بين المفلس وأمين التفليسة بما يضر بمصلحة الدائنين . وقد يقال أنه يكفي لإزالة هذا الضرر أو كشف التحايل أن يتقدم الدائنون بطلب أو تظلم إلى قاضى التفليسة لكي يقرر وقف الإستمرار في تشغيل تجارةالمفلس ، وهذا حق مقرر للقاضي الذي أصدر أمر الإستمرار في التشغيل باعتباره من الأعمال الولائية التي يجوز لمصدرها أن يلغيها أو يعدلها بعد إصدارها . وإذا كان ذلك صحيحا إلا أنه كان ينبغي ألا يعطل حق المضرور في الطعن في هذا القرار . وإذا كان المشرع لا يريد منح الدائنين حق الطعن فكان من الممكن أن يقرر لمراقب التفليسة حق الطعن فى هذا القرار ، مثل المفلس وأمين التفليسة ، حتى تتحقق بذلك مصلحة أصحاب الشأن بإعتبار أن المراقب من الدائنين وقد إشترط المشرع أخذ رأيه قبل النظر في طلب إستمرار تجارة المفلس .

٣٤ - وطبقا للقواعد العامة بشأن الطعن في القرارت التي يصدرها قاضي التفليسة [١] ، يرفع الطعن في قرار رفض الإذن بالإستمرار في تشغيل تجارة المفلس إلى المحكمة التي قضت بشهر الإفلاس ويتبعها قاضي التفليسة ، وذلك بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة وتعلن لذوي الشأن طبقا للقواعد العامة المقررة في قانون المرافعات .ويجب أن يرفع الطعن خلال عشرة أيام من تاريخ إيداع أو تبليغ القرار المطعون فيه حسب الأحوال . وتنظر المحكمة الطعن في أول جلسة ، ولا يجوز أن يشترك القاضي الذي أصدر الأمر المطعون فيه أثناء نظر هذا الطعن [٢]. وأيا كان الحكم الصادر في الطعن في قرار قاضي التفليسة برفض الإذن بالإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، سواء كان بالغاء القرار أو بتأييده ، فإن هذا الحكم لا يحوز الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن طبقا لما تقرره المادة (٥٦٧ / ب) من قانون التجارة الجديد .

---

(١) راجع المادة ٥٨٠ من قانون التجارة المصرى الجديد .

(٢) ثار خلاف فى ظل قانون التجارة الملغى حول مدى جواز اشتراك مأمور التفليسة فى نظر الطعن على القرار الذى أصدره (راجع د/ محسن شفيق ص ٦٢٦ ، ٦٢٧) . وقد حسم هذا الخلاف بحكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٩٩٦/٦/١٥ الذى أيد الرأى الغالب وقرر عدم دستورية المادة ٢٠٣٥ من قانون التجارة فيما تضمنه من جواز أن يكون مأمور التفليسة عضوا بالمحكمة الابتدائية التي تفصل فى التظلم من الأوامر التي أصدرها بشأن التفليسة (الجريدة الرسمية ، العدد ٢٥ فى ١٩٩٦/٦/٢٧).

ومن الجدير بالذكر أنه إذا إستعمل قاضي التفليسة سلطته في العدول أو تعديل قرار الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس [١]، فإن القرار بوقف التشغيل أو تعديل شروطه أو كيفيته لا يقبل الطعن ، لأن القرارات الصادرة من قاضي التفلبسة لا يجوز الطعن فيها إلا إذا نص القانون على غير ذلك أو كان القرار مما يجاوز اختصاصه ، وهذا القرار لم ينص القانون على جواز الطعن فيه ، كما أنه يدخل فى اختصاص قاضى التفليسة . باعتباره متعلقا بإدارتها والمحافظة على أموالها . أما ما أجاز المشرع الطعن فيه فهو قرار رفض الإذن بالاستمرارفي تشغيل متجر المفلس ، ولما كان جواز الطعن في هذا القرار يعتبر إستثناء من الأصل (وهو عدم حواز الطعن) لذا لا يجوز القياس عليه أو التوسع في تفسيره . ولا يقبل القول بأن نتيجة القرارين واحدة ، وهي عدم تشغيل متجر المفلس ، ومن ثم ينبغي جواز الطعن في الثاني قياسا على الأول . . والعلة في رفض القياس هو أن قرار رفض الإذن بالإستمرار في تشغيل المتجر هو رفض تحقيق مصلحة يطلبها المفلس أو أمين التفليسة . أما القرار الثاني فهو يقرر وقف النشاط والعودة إلى الأصل لتجنب ضرر أو إذا تبين قاضي التفليسة ، من خلال التقرير الشهري الذي يقدمه أمينها ،أن إستمرار التشغيل لن يحقق المصلحة التي صدر من أجلها الإذن بالإستمرار في تشغيل تجارة المفلس .

---

(١) راجع ما سبق ، رقم ٣١ .

٣٥- خلاصة القول أنه يتضح مما سبق أن الإجراء الجماعي ، سواء في القانون المصري أو في القانون الفرنسي ، يبدأ بمرحلة تمهيدية ولكن تختلف نظرة كل مشرع إلى الهدف من هذه الفترة ، وينعكس ذلك علي مسألة تشغيل تجارة المفلس . ففي القانون الفرنسي تعتبر هذه الفترة بمثابة فرصة لمراقبة المشروع و الوقوف على حقيقة حالته وتحليلها بواسطة الخبراء من الناحية المالية والإقتصادية والإجتماعية ، تمهيدا لتشخيصها ووضع وسائل إصلاح المشروع أو إعلان تصفيته لعدم إمكان إصلاحه ، ثم ترك المجال للمحكمة تحتار الحل المناسب من بين الحلول المعروضة عليها . وقد رأي المشرع الفرنسي أنه من الأفضل أن تتم هذه الإجراءات في ظل إستمرار نشاط المشروع حتي يكون تشخيص حالته أقرب إلى الواقع ، ومن ثم لا يجوز وقف هذا النشاط إلا بقرار من المحكمة ، أي أن المبدأ هو إستمرار النشاط خلال فترة المراقبة والإستثناء هو وقف نشاط المشروع . وقد وضع المشرع الفرنسي القواعد الكفيلة بإنجاح سياسته والوصول إلى الغاية التي ينشدها ، علي نحو ما سنراه فيما بعد .

أما المشرع المصري فقد حصر الهدف من هذه الفترة التمهيدية في حشد أموال التفليسة وتحديد ديونها وتكليف أمين التفليسة تحت إشراف ورقابة قاضيها ، بإدارة هذه الأموال والمحافظة عليها حتى يحين

وقت إنعقاد جمعية الصلح التي يحدد فيها الدائنون مصير المفلس والتفليسة إما بالصلح وإما بالاتحاد . ولذلك دارت الأحكام المنظمة لهذه الفترة في هذا الإتجاه التحفظي ، بحيث تظل تجارة المفلس على حالتها وقت صدور حكم شهر الإفلاس . ولذلك فضل المشرع أن يجعل المبدأ هو وقف نشاط المفلس حتي لا تزداد ديونه أو تنهار قيمة أصوله ، وبالتالي يضار الدائنين .ولكنه أدرك خطورة ذلك علي المصلحة العامة أو مصلحة المفلس أو الدائنين ، ومن ثم أجاز الخروج على المبدأ السابق ومنح لقاضي التفليسة سلطة الإذن بالإستمرار في تشغيل تجارة المفلس إذا اتوافرت الشروط السالف بيانها . وهي شروط تهدف إلى رعاية المصالح المرتبطة بتجارة المفلس ، سواء كانت المصلحة العامة أو مصلحة الدائنين أو مصلحة المفلس ، حيث لم يترك المشرع قرار الإستمرار في التشغيل بيد الدائنين ،لأنهم لن ينظروا إلا إلى مصلحتهم، وإنما جعله من إختصاصات قاضي التفليسة الذي يضع في إعتباره هذه المصالح جميعها . وهذا قد يقوم دليلا على رغبة المشرع في تشجيع إستمرارتشغيل تجارة المفلس خلال هذه الفترة بعكس الحال بشأن تشغيل تجارة المفلس خلال فترة الاتحاد التي تركها المشرع لقرار يصدر من الدائنين الذين إرتبطت حقوقهم بأموال التفليسة إرتباطا وثيقا ، حيث لا يبقي إلا التصفية وتوزيع الثمن . وفي النهاية يخضع قرار القاضى برفض التشغيل لرقابة محكمة الإفلاس حيث أجاز المشرع الطعن عليه

أمامها . وكان ينبغي أن يسمح بالطعن أيضا علي قرار الإذن بالإستمرار في التشغيل .

وإذا كان ما أخذ به المشرع المصري يبدو مقبولا ، إلا أنه يثور التساؤل عما إذا كان المشرع قد وضع من القواعد ما يساعد على نجاح الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس خلال هذه الفترة ، إذا أذن قاضي التفليسة بذلك ؟ هذا ما يتضح من خلال الفصل التالي الذي نتناول فيه الكيفية التي يتم بها تشغيل تجارة المفلس .

الفصل الثانى

كيفية تشغيل تجارة المفلس

تمهيد وتقسيم :

٣٦ - يدار متجر المفلس بإحدى طريقتين[١] : الأولى هى الإدارة المباشرة La gestion directe ، حيث يتم تشغيل المتجر لحساب التفليسة تحت إشراف ورقابة أمينها ، ومن ثم يعود إليها ما ينشأ عن هذا التشغيل من أرباح أو خسائر . **أما الطريقة الثانية : فهى الإدارة غير المباشرة ، وذلك بتأجير استغلال** La location - gérance **المتجر إلى شخص آخر يتولى استغلاله لحسابه الخاص لمدة محددة نظير التزامه بدفع ايجار محدد .**

ولاشك أن لكل واحدة من طريقتى تشغيل المتجر مزاياها وعيوبها التي تجعل قاضى التفليسة يفضل إحداهما على الأخرى ، فى ضوء الظروف المحيطة بتجارة المفلس ، وخاصة من حيث نوع هذه التجارة وحجم نشاطها ومدى توافر التمويل والخبرة اللازمة لتشغيلها .

---

(١) راجع :

JEANTIN mechel , Droit commercial , instruments de paiement et de crédit , entreprises en difficulté , ed 4 , Dalloz 1995 , p. 86 , N. 634.

فليب ديليبك . استمرار النشاط ، المرجع السابق ، رقم ١٤.

ويحتاج نجاح الاستمرار في تشغيل تجارة المفلس إلى تهيئة الظروف اللازمة لذلك ، من حيث الاحتفاظ بالعلاقات القانونية التي كانت تربط المفلس بالغير وتخدم المتجر وقت صدور حكم شهر الإفلاس. وكذلك تشجيع الغير على الدخول في علاقات قانونية مع القائم على تشغيل هذه التجارة ، وذلك بوضع القواعد التي تضمن له إستيفاء حقوقه دون الخضوع لإجراءات الإفلاس ، وخاصة مبدأ المساواة بين الدائنين الذى يسيطر على نظام الإفلاس ، ويتحقق ذلك بتقرير حق أفضلية لهؤلاء الدائنين بحيث يتقدمون بموجبه في استيفاء حقوقهم على الدائنين الذين تتكون منهم الجماعة .

وإذا كنا سنتناول الأفضلية المقررة للدائنين الجدد ضمن الفصل الخاص بآثار الاستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، فإننا نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نتناول في الأول الاستمرار في التشغيل عن طريق الإدارة المباشرة لمتجر المفلس ، ونخصص المبحث الثاني لاستمرار التشغيل عن طريق تأجير استغلال المتجر ، وفي المبحث الثالث نتناول أثر الحكم بشهر الافلاس على العقود التي أبرمها المفلس ولم يتم تنفيذها قبل صدور هذا الحكم .

المبحث الأول

الادارة المباشرة لمتجر المفلس

التعريف بالادارة المباشرة للمتجر

٣٧ - الادارة المباشرة للمتجر Fonds de commerce هى التى تتم باسم ولحساب صاحبه مستعينا فى ذلك بشخص آخر . وتأخذ إحدى صورتين [١]:

الأولى : أن يستعين بهذا الشخص بمقتضى عقد عمل un contrat de travail ويسمى المدير المأجور un gérant salarié حيث يقوم بإدارة المتجر تحت إشراف ورقابة صاحب العمل مقابل الحصول على أجر محدد .

أما الصورة الثانية : فهى التي يرتبط فيها القائم على إدارة المحل بعقد وكالة un contrat de mandat مع صاحب العمل ، وليس بموجب عقد عمل ، ويطلق على هذه الصورة وكالة الادارة mandat gérance أو الوكالة فى الاستغلال mandat d'exploiter ، ويسمى القائم بها بمدير الفرع gérant succursaliste أو الوكيل غير المأجور gérant non salarié ، لأنه لا يحصل على أجر معين ، وإنما تحدد له مكافأة ترتبط غالبا برقم المبيعات أو تحدد بنسبة معينة من الأرباح يحققها المشروع . وتتميز

---

(١) راجع تفصيلا فى صور استغلال المتجر ، أستاذتنا الدكتورة / سميحة القليوبى ، المحل التجارى ، الطبعة الرابعة ٢٠٠٠ ، ص ١٢٦ ، ١٢٧ ، استاذنا الدكتور / على حسن يونس ، المحل التجارى ، طبعة ١٩٧٤ ، رقم ٢٣٢.

هذه الصورة عن الأولى بأن المدير يتمتع بقدر من الحرية فى إدارة المتجر أوسع نطاقا مما يتمتع به المدير المأجور ، حيث يجوز له التعاقد مع العاملين وشراء البضائع اللازمة للمتجر ، ولكن ليس له تأجيره إلى الغير أو تصفية البضائع كلية أو الاقتراض لإبرام صفقات لاتخص الاستغلال العادي للمتجر . وتستخدم هذه الطريقة فى حالة تعدد فروع المتجر ، حيث يعين مديراً لكل فرع يتمتع بقدر من الاستقلال فى إدارته ، إلا أنه يلتزم بتقديم حساب عن نتائج هذه الادارة ، كما يخضع للرقابة اللاحقة على أعماله بواسطة مالك المتجر الذى يلتزم في مواجهة الغير بكافة الآثار القانونية الناشئة عن التصرفات التي يبرمها هذا المدير .

وتختلف الادارة المباشرة بهذا المفهوم عن تأجير استغلال المتجر إلى شخص آخر يتولى إدارته لحسابه الخاص مقابل دفع أجرة محددة ، وهو ما يطلق عليه الادارة الحرة La gérance libre أو تأجير الاستغلال la loctation - gérance [١] وهى الادارة غير المباشرة التي خصصنا لها المبحث الثانى . وعلى ذلك يجوز تشغيل متجر المفلس سواء عن طريق مدير مأجور يرتبط مع أمين التفليسة بعقد عمل، أو أن تتم الإدارة عن طريق مدير غير مأجور يرتبط مع أمين التفليسة بعد وكالة . ويختار قاضى التفليسة بين طريقتى الإدارة بناء على اقتراح أمين التفليسة ، طبقا للمادة (٢/٦٤٥) من قانون التجارة

---

(١) راجع د/ سميحة القيلوبى ، المرجع السابق ، ص ١٢٧ ، ١٢٨.

الجديد . وإن كان من الأفضل الأخذ بالطريقة الثانية ، التي يرتبط فيها المدير بعقد وكالة ، يتمتع بمقتضاه بقدر من الاستقلال يسمح له بحرية الإدارة والتصرف تحت إشراف أمين التفليسة ورقابته اللاحقة ، بحيث لايستلزم تشغيل المتجر الوجود الدائم لأمين التفليسة ليقوم بالتعاقد بيعاً وشراء ، وهو ما يصعب تحقيقه من الناحية العملية ، مما يعطل تشغيل المتجر بصورة طبيعية . هذا بالإضافة إلى تحمل المدير مسئولية الأخطاء التي تقع منه فى تنفيذ الوكالة فى إدارة المتجر ، وذلك بعكس ماإذا كان من يتولى إدارة المتجر يرتبط بعقد عمل ، حيث لا يسأل عن أخطاء الإدارة لأنه لا يتمتع بالاستقلال فى اتخاذ القرارات المتعلقة بها وإنما يعمل فى تبعية كاملة لأمين التفليسة فى هذا الشأن .

أما الطريقة الأولى فهى تناسب الحالة التي يستعين فيها أمين التفليسة بالمفلس لإدارة متجره ، حيث يجب ألا يتمتع بالاستقلال فى الإدارة لكى لا يظن الغير أن حالة الإفلاس قد إنتهت وزال عنه غل اليد.

٣٨ - ولاشك أن للإدارة المباشرة لمتجر المفلس مزاياها وعيوبها ، لو قورنت بالادارة غير المباشرة وهى تأجير استغلال المتجر إلى الغير[١]. فإذا كانت جماعة الدائنين تستفيد من الأرباح التي تنتج من الاستمرار فى تشغيل المتجر ، مما يزيد فرصة كل منهم فى استيفاء أكبر قدر من ديونه ٠ فإنه يقابل ذلك ضعف فى هذه الفرصة إذا نشأ عن

---

(١) راجع ، ميشيل هار دوان ، المرجع السابق ، ص ٣٢ ، ٣٣.

الاستمرار فى التشغيل خسائر L'exploitation devienne déficitaire ، أو إذا زادت الديون الجديدة التي تتمتع بأفضلية الوفاء من أموال التفليسة ، باعتبار أصحابها دائنين للجماعة créanciers de la masse [١]. كما أنه قد يترتب على ضعف القدرة الذاتية للمشروع على تمويل نشاطه ، نتيجة العجز فى السيولة وعدم ايجاد وسائل تمويل خارجية ، أن يتم تشغيل المتجر بصورة لا تحقق العائد الاقتصادى المنشود الذى يحقق مصلحة الدائنين . هذا بالإضافة إلى أن المسئولية التي قد يتعرض لها أمين التفليسة ، وخاصة إذا كان يرتبط مع المدير بعقد عمل ، عن الأخطاء التي تقع منه فى إدارة المتجر تجعله لا يدير وفق ما تقضيه الحياة التجارية ، التي تقوم على العمليات الاحتمالية Les operations aléatoires [٢] التى قد تحقق ربحا أو تصاب بخسائر ، مما يترتب عليه إنخفاض معدلات التشغيل عن المستوى المطلوب من الناحية الاقتصادية . ولتجنب هذه الاحتمالات ينبغى البحث عن أشخاص لديهم القدرة والكفاءة والخبرة فى إدارة الأنشطة التي يعمل فى مجالها متجر المفلس .

ورغم كل ما يمكن أن ينسب إلى الادارة المباشرة من عيوب أو ما ينشأ عنها من أخطار ، هو تعريض مصلحة الدائنين لخطر زيادة الديون ،

---

(١) راجع ، ريجو موليو ، المرجع السابق ، ص ٤٨.

(٢) راجع ، ريجو موليو ، المرجع السابق ، ص ٨٢.

إلا أن المشرع قد ربط الإذن بالاستمرار فى نشاط متجر المفلس بمقتضيات المصلحة العامة ومصلحة المفلس أيضا ، ومن ثم يجب عدم المبالغة فى التخوف من الاستمرار والرغبة فى حماية مصلحة جماعة الدائنين للتضحية بهاتين المصلحتين ، وإنما ينبغى التوفيق بين هذه المصالح جميعا ، وهذه مسألة يقدرها قاضى التفليسة عند إصدار الأمر بالاستمرار فى تشغيل متجر المفلس ، ولاشك أن النجاح فى اتخاذ القرار المناسب يتوقف على وجود قاضى متخصص ومتفرغ للإشراف على التفليسات والرقابة على أعمال أمينها ، كما يحتاج الأمر إلى أمين تفليسة مؤهل ولديه القدرة على إدارة المشروعات المتعثرة .

وتعتبر الإدارة المباشرة للمشروع La gestion directe de l'entreprise est la règle هى القاعدة فى القانون الفرنسى الذى وضع لها نظاما دقيقا خلال فترة المراقبة ، سواء من حيث سلطات المدين أو المدين القضائى أو من حيث الأعمال التي يجوز القيام بها[1]. أما المشرع المصرى فلم يضع لها تنظيما خاصا ، ومن ثم يتم الاعتماد فى تنظيمها على القواعد العامة .

وسنتناول إدارة متجر المفلس فى القانون المصرى ثم فى القانون الفرنسى كل فى مطلب مستقل .

---

(١) راجع . ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، ص ٣٨٧ ومابعدها ، إف جيون ، المرجع السابق رقم ١٢٠٥ ، جان جاك داجر ، المرجع السابق ، ص ١٤.
philipe DELEBEQUE , Administration de l'entreprise , juris classeurs , Fascicule 2330.

المطلب الأول

الإدارة المباشرة لمتجر المفلس

فى القانون المصرى

٣٩ - منح المشرع (م ٢/٦٤٥ تجارى جديد) لقاضى التفليسة سلطة تنظيم إدارة متجر المفلس خلال الفترة التمهيدية السابقة على انعقاد جمعية الصلح ، حيث يقوم القاضى ، بناء على إقتراح أمين التفليسة ، بتعيين من يتولى إدارة المتجر ، والأصل أن يكون شخص غير المفلس ، ومع ذلك أجاز المشرع لقاضى التفليسة أن يعين المفلس للقيام بإدارة المتجر . كما يحدد قاضى التفليسة سلطات القائم بإدارة المتجر وعلاقته بأمين التفليسة الذى يتولى الإشراف على من يعين للادارة ، فضلاً عن التصرف فى المبالغ التي تتجمع تحت يد من يقوم بالإدارة .

ويتمتع قاضى التفليسة بسلطة تقديرية فى تعيين من يتولى إدارة المتجر ، ويجوز أن يختاره من بين الدائنين [١].

وهذا التنظيم يختلف عما قرره المشرع (م ٦٨٧ تجاري جديد) بشأن إدارة تجارة المدين خلال حالة الاتحاد ، حيث يتوقف البدء أو الاستمرار فى التشغيل على تفويض يصدر من الدائنين بأغلبية ثلاثة أرباعهم عدداً ومبلغاً . ويجب أن يحددوا فى هذا التفويض مدته وسلطة أمين الاتحاد والمبالغ التي يجوز له استيفاؤها تحت يده لتشغيل

(١) راجع د/ أحمد محرز ، المرجع السابق ، رقم ١٨٦ ، ص ٤٤٤.

التجارة . ومع ذلك فقد علق المشرع تنفيذ هذا التفويض على تصديق قاضى التفليسة عليه ، لكي يراقب عدم التواطؤ أو الغش الذى يترتب عليه الإضرار بالمصلحة العامة .

تعيين من يتولى الادارة

٤٠ - تدخل إدارة أموال التفليسة والمحافظة عليها ضمن الاختصاصات التي حددها المشرع لأمينها ، ولذلك ألزمه أن يدون ، يوما بيوم ، جميع الأعمال المتعلقة بإدارة التفليسة فى دفتر خاص ترقم صفحاته ويضع عليها قاضى التفليسة توقيعه أو ختمه ويؤشر فى نهاية الدفتر بما يفيد إنتهاءه . ويجوز للمحكمة ولقاضى التفليسة وللمراقب الاطلاع على هذا الدفتر فى كل وقت ، وللمفلس أيضا الاطلاع عليه بإذن من قاضى التفليسة (م ٥٧٣ تجاري جديد) .

ولاشك أن الادارة المقصودة فى المادة سالفة الذكر هى الادارة العامة لأموال التفليسة ، مثل تحصيل ما للمفلس من حقوق لدى الغير ، والحصول على إذن قاضى التفليسة ببيع الأشياء القابلة للتلف السريع أو لنقص عاجل فى القيمة أو التي تقتضى صيانتها مصاريف باهظة ، أو إذا كان البيع لازما للحصول على نقود للصرف منها على شئون التفليسة، أو كان البيع يحقق نفعاً مؤكداً للدائنين أو للمفلس ، وفى هذه

الحالة الأخيرة لايجوز الاذن بالبيع إلا بعد إخطار المفلس بالبيع وسماع أقواله (م٦٤٣ تجارى جديد) . أما إذا تعلق الأمر بالاستمرار فى تشغيل متجر المفلس فإن الأمر يحتاج إلى توافر خبرة بالمجال الذى يعمل فيه المتجر ، بالاضافة إلى ضرورة تفرغ الشخص الذى يقوم على تشغيل وادارة هذا المتجر . وهذه المتطلبات قد لا تتوافر فى أمين التفليسة ، ولذلك خول المشرع لقاضى التفليسة سلطة تعيين من يتولى إدارة المتجر.

ويذهب البعض[1] إلى القول بأن الواضح من نص المادة (٦٤٥) من قانون التجارة الجديد أنه لا يجوز لأمين التفليسة أن يطلب من قاضيها الاستمرار فى تشغيل المتجر على أن يتولى بنفسه إدارته ، وإنما عليه أن يقترح على قاضى التفليسة شخصا آخر يتولى إدارة المتجر . ويبدو لنا أن هذا الرأى فيه تقييد لا سند له من النص ، حيث يحظر على أمين التفليسة إدارة متجر المفلس بنفسه ، ويستوجب تعيين شخص آخر ، وإن كان هذا هو الحاصل فى أغلب الحالات لعدم توافر القدرة الكافية لدى أمين التفليسة ، ولكن هذا لا يمنع قيامه بهذه الإدارة إذا توافرت لديه هذه القدرة [2]، وخاصة إذا كان أمين التفليسة

---

(١) راجع . د/ حسين الماحى ، المرجع السابق ، رقم ١١٧ ص ٢٦٧ .
(٢) راجع . د/ محمد بهجت قايد ، المرجع السابق ، رقم ٤٤٤ ، ص ٣٩١.

إحدى الشركات المتخصصة فى إدارة المشروعات التي نأمل أن نراها فى النشاط الاقتصادى المصرى .

٤١ - فإذا كان المدير شخصا غير المفلس ، وهذا هو الأصل ، فعلاقته بالتفليسة يحددها قاضى التفليسة فى قرار تعيينه سواء ضمن الإذن بالاستمرار فى التشغيل أو فى قرار مستقل ، وهذه العلاقة قد تلزمه بالعمل تحت إشراف ورقابة أمين التفليسة مقابل أجر معين ، وفى هذه الحالة فهو مجرد عامل ، وما يربطه بالتفليسة هو عقد عمل ، وبالتالى لا يتمتع بأى استقلال فى إدارة المحل ، ولا يجوز له التعاقد مع الغير إلا بتفويض من أمين التفليسة الذى يقوم بالإدارة من الناحية القانونية ، أما هذا الشخص فهو يتولى تنفيذ ما يضعه أمين التفليسة من سياسة لإدارة المتجر . ولما كانت هذه الصورة قد لا تحقق الهدف المقصود من الإذن بالاستمرار فى تشغيل تجارة المفلس على نحو يحافظ على قيمة المتجر وتجعله ينتج أرباحاً تساعد فى وفاء الديون ، فإننا نفضل أن تنظم علاقة الشخص الذى يتولى إدارة المتجر فى إطار يجعله فى مركز مدير الفرع gérant succursaliste الذى يرتبط بعقد وكالة فى الادارة ، حيث يلتزم بأن يقوم بعمل قانونى لحساب المفلس ، هذا العمل القانونى هو إدارة المتجر ، بما يقتضيه ذلك من

التعاقد من العمال وشراء البضائع والمواد اللازمة للتشغيل طبقا لمقتضيات العمل [١]. وهو على هذا النحو يتمتع بقدر من الاستقلال في إدارته للمتجر ، وبالتالى يتحمل المسئولية القانونية عن الأخطاء التي تقع منه فى الإدارة، بما يتناسب مع السلطة المخولة له فى إدارة المتجر، على أساس أن السلطة والاستقلال فى اتخاذ القرار يقابلها دائما مسئولية عن الخطأ فى إتخاذ هذا القرار وفى تنفيذه .

ويحصل الشخص الذى يتولى إدارة المتجر على أجر يحدده قاضى التفليسة بما يتناسب مع المهام المكلف بها والجهد الذى يبذله فى الإدارة . وهذا الأجر قد يكون مبلغا محدداً أو أن يرتبط بحجم الأعمال أو بنسبة من الأرباح التي يحققها المتجر ، تبعا لما يراه قاضى التفليسة. وإذا حدد الأجر على النحو السابق فإنه يجوز لقاضى التفليسة أن يعدل مقداره بالزيادة أو النقصان أو أن يغير الأساس الذى يحسب عليه الأجر ، وفقاً لما يراه من خلال التقرير الذى يقدمه أمين التفليسة عن سير التجارة وعن الجهد الذى يبذله المدير والنتائج التي حققها . ولم ينص المشرع على جواز الطعن فى قرار قاضى التفليسة الخاص بأجر من يتولى إدارة المتجر ، لأن تحديد هذا الأجر يخضع للقواعد العامة للعقود ، سواء كان عقد العمل أو عقد الوكالة .

---

(١) راجع د/ سميحة القليوبى ، المرجع السابق ، ص ١٢٧.

تعيين المفلس لإدارة متجره

٤٢- نظرا لما تحتاج إليه إدارة المتجر من خبرة وكفاءة قد لا يجد أمين التفليسة من تتوافر فيه ، ورغم ذلك يرى ضرورة الإستمرار في تشغيل المتجر ، فقد أجاز المشرع تعيين المفلس ليتولى إدارة متجره[1]. وإذا كان ما أخذ به المشرع يوفر الخبرة والكفاءة اللازمة لنجاح تشغيل المتجر ، نظرا لما يعلمه المفلس عن أحوال تجارته وسعيه الجاد إلى الخروج من الأزمة التي ألمت به ، وذلك بإصلاح الحالة المالية والاقتصادية لتجارته لكي يستطيع الحصول على الصلح مع الدائنين [2]، إلا أن الاستعانة بالمفلس لا تخلو من المشكلات ، حيث أن هذا الوضع قد يولد لدى الغير إعتقاد بأن حالة الإفلاس قد إنتهت وزال غل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، كما أن المفلس قد ينتهز فرصة العودة لإدارة متجره لكي يستولى على ما لم يستطع الإستيلاء عليه قبل شهر الإفلاس وذلك إضرارا بالدائنين .

ومع ذلك يمكن التغلب على هذه المشكلات بتحديد سلطات المفلس في إدارة المتجر ومنعه من إبرام أي تصرف قانوني مع الغير

---

(١) ومن الجدير بالذكر أنه فى حالة إفلاس الشركات يجوز تطبيق هذا الحكم على القائمين بإدارتها أنه لا يترتب على شهر الإفلاس إنقضاء الشركة ، وإنما تظل قائمة بكافة أجهزتها ، حيث يقوم الممثل القانونى عن الشركة التي شهر إفلاسها مقامها فى كل أمر يستلزم فيه القانون أخذ رأى المفلس أو حضوره (م ٧٠٥ تجارى جديد).

(٢) راجع فى مزايا الاستعانة بالمفلس ، د/ أحمد محرز ، المرجع السابق ، رقم ١٨٦ ، ص ٤٤٤. ٤٤٥ ، د/ فايز رضوان ، المرجع السابق ، رقم ١٥٩ ، ص ١٠٤١.

إلابحضور أمين التفليسة ، أي أن يكون في مركز العامل الأجير الذي لا يتمتع بالإستقلال في ممارسة العمل ، وإنما يخضع لرقابة وإشراف صاحب العمل . وزيادة في الحرص يتم النشر عن طبيعة عمل المفلس في تشغيل المتجر حتى لا يقع الغير في الغلط بشأن الصفة التي يعمل بها المفلس . وقد كان قانون التجارة الملغى أصدق تعبيرا عن طبيعة المهمة التي يمكن تكليف المفلس بها في حالة إستمرار وكيل الدائنين في تشغيل تجارة المفلس ، حيث نص في المادة ٢٨٥ علي أنه " إذا كان المفلس مطلق السبيل يجوز للوكلاء أن يستخدموه لتسهيل عمل إدارتهم وإرشاده لهم ، وعلى مأمور التفليسة أن يعين شروط إستخدامه في ذلك " . أي أن المفلس لايمارس إدارة المتجر بالمفهوم القانوني للإدارة وإنما يقتصر دوره على مساعدة من يتولي هذه الإدارة ، وهو يعمل بصفته أجيرا وهذا لا يتعارض مع مبدأ غل اليد [١]، الذي لا يعني التأثير على الأهلية القانونية للمفلس ، ومن هذا المنطلق أجاز له المشرع (م ٥٩٧ تجاري جديد) أن يمارس تجارة جديدة بغير أموال التفليسة ، بدون الحصول على إذن بذلك من قاضي التفليسة أو من المحكمة ، وفى هذه الحالة تكون للدائنين الذين تنشأ ديونهم بمناسبة هذه التجارة الأولوية في إستيفاء حقوقهم من أموالها .

٤٣ - ويحصل المفلس على أجرنظير عمله في إدارة المتجر ،

---

(١) راجع د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٤٦١ ، ص ٦٦٧ ، د/ أحمد محرز ، المرجع السابق ، رقم ١٨٦ ، ص ٤٤٥ ، د/ محمد بهجت قايد ، المرجع السابق ، رقم ٤٣٨ ، ص ٣٩٢ ، على يونس ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٠، ص ٣٩٤.

ويتم تحديد هذا الأجر بواسطة قاضي التفليسة . وقد إعتبر المشرع ، (م ٢/٦٤٥ تجاري جديد) الأجر الذي يحصل عليه المفلس بديلا عن الإعانة التي تقرر له ولمن يعولهم طبقا للمادة ٥٩٦ من القانون سالف الذكر. وبذلك يوفر على التفليسة هذه الاعانة للاستفادة بها في سداد الديون [(١)] .

ولا شك أن المشرع لم يحالفه التوفيق في الربط بين الأجر الذي يحصل عليه المفلس والإعانة التي تتقرر له من أموال التفليسة ، وجعل الأجر بديلا عن الإعانة ، لأن ذلك يثير بعض الملاحظات، الأولى : أن منع الإعانة أو وقفها بمجرد الحصول على الأجر لم يتركه المشرع جوازيا يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة تبعا لظروف حالة المفلس ومقدار ما يحصل عليه من أجر ، حيث قد يكون الأجر أقل من الإعانة مما يسبب حرجا في عيش المفلس ومن يعولهم .

أما الملاحظة الثانية فهي إختلاف نظام الأجر طبقا للمادة ٢/٦٤٥ عن قواعد تقرير إعانة المفلس طبقا للمادة ٥٩٦ من قانون التجارة الجديد . وهنا يثور التساؤل عن أي النظامين أولى بالتطبيق في حالة التعارض مع مصلحة المفلس ، هل هي قواعد الأجر الذي يتحدد على أساس العمل أم نظام الإعانة التي تقدر على أساس حاجة المفلس ومن يعولهم ؟ . والإجابة على هذه التساؤلات تقتضي القول بداية أنه إذا لم يكن المفلس قد تقررت له إعانة طبقا للمادة ٥٩٦ فإن ما يحصل عليه

(١) راجع : د/ أحمد محرز ، المرجع السابق ، رقم ١٨٦ ، ص ٤٤٥.

من أجر نظير عمله في إدارة المتجر يخضع لأحكام المادة ٢/٦٤٥ ، شأنه في ذلك شأن أي شخص يعينه قاضى التفليسة لإدارة المتجر . أما إذا كان المفلس يحصل على الإعانة المذكورة ثم عين للعمل في إدارة المتجر وتحدد له أجر ، فإن هذا الأجر يأخذ حكم الإعانة لأن المشرع إعتبره بديلا عنها ، ومن ثم لا يجوز أن يقل الأجر عن قيمة الإعانة التي تقررت له ولمن يعول ، وإلا جاز للمفلس التظلم من التقدير أمام قاضي التفليسة طبقا للمادة ٥٩٦ من قانون التجارة . وإذا كان تقدير الأجر يرتبط بالعمل والجهد الذي يبذله العامل ، إلا أن تقدير الأجر في هذه الحالة تدخل فيه أيضا إعتبارات حاجة المفلس ومن يعولهم ، ومن ثم يجوز للمفلس أن يتظلم من القرار الذي يصدره قاضي التفليسة بتعديل الأجر إذا لم ينظر القاضي إلى هذه الإعتبارات الخاصة . وإذا كان التعديل بالزيادة فإنه يجوز لأمين التفليسة أن يتظلم أيضا من القرار ويكون التظلم في الحالتين أمام قاضي التفليسة (م ٥٩٦ تجاري جديد) .

أما إذا كانت الإعانة مقررة لمن يعولهم المفلس وليس للمفلس فيها نصيب ، فإن حصول المفلس على أجر نظير عمله في إدارة المتجر لا يترتب عليه وقف صرف الإعانة .

الأعمال والتصرفات التي يجوز القيام بها:

٤٤- إذا صدر إذن قاضى التفليسة بالإستمرار في تشغيل تجارة

المفلس ، فإن السلطة التي يتمتع بها من عين لإدارة المتجر يحددها القاضي في الإذن ، ومن ثم يجب الإلتزام بالقيود التي وضعت لإدارة متجر المفلس ، سواء من حيث طبيعة التصرفات أو قيمتها أو حجمها . أما إذا صدر الإذن بالتشغيل دون تقيد ، فإن ذلك يخول من عين للإدارة سلطة القيام بجميع الأعمال اللازمة لإدارة المتجر ، سواء كانت من أعمال الإدارة أو أعمال التصرف . ولا يقتصر الأمر علي إتمام العمليات التي بدأها المدين قبل الحكم بشهر إفلاسه وإنما يجوز له القيام بأعمال جديدة ، كإبرام عقود شراء وبيع السلع وعقود النقل وتعيين العمال وتحرير الأوراق التجارية ، طالما كانت هذه التصرفات ضرورية لإستمرار النشاط الإقتصادي للمتجر[١]. ولا يُلزم بالحصول علي إذن من قاضي التفليسة للقيام بكل عمل من هذه الأعمال وإلا أصبح الإستثمار متعذرا[٢].

ولكن يجب أن يراعي القائم بالإدارة أنه يعمل في ظل ظروف خاصة تتعلق بها مصلحة الدائنين والمفلس ، ومن ثم يجب عليه أن يتوخى الحيطة والحذر ويبتعد عن الأعمال التي تنطوي على جانب كبير من المخاطرة أو المضاربة [٣]. ويجب على المدير أن يتجنب شراء

---

(١) راجع ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٢٠٧ ، د/ على البارودى ، د/ فريد العرينى ، المرجع السابق رقم ٢٥٦ - ٦ ص ٣٦٦.

(٢) راجع د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، ص ٦٦٧ ، د/ حسنى المصرى ، المرجع السابق ، ص ٤٢٥ ، د/ عبدالفضيل محمد أحمد ، المرجع السابق ، رقم ٣٤١- ٤،ص٢٩٠ ، د/ على يونس ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٠ ، ص ٣٩٤.

(٣) راجع د/ محسن شفيق ، المرجع والمكان السابقين ، د/ محمد بهجت قايد ، المرجع السابق - رقم ٤٣٨،ص ٣٩٢، د/ على جمال الدين عوض ، الافلاس طبقا لقانون التجارة الجيد ، الطبعة الثانية ، رقم ٣٤٤ ، ص ٣٤٧ ، هامش (١) .

البضائع بالأجل les achats à terme حتى لا تزداد ديون التفليسة، وإنما يجب أن يقتصر على الشراء العاجل les achats au comptant . وإذا كان لا مفر من التعامل بالأجل فيجب أن يتم في أضيق الحدود بحيث يمكن تغطية الدين من رصيد الأموال التي سبق بيعها أو من إيراد البيع اليومي de ventes journalières للبضائع المشتراه [١]. وعلى من يقوم بالادارة أن يعمل بما يتناسب مع مقتضيات الإدارة العادية خلال هذه الفترة التمهيدية ، وهي فترة إنتظار حتى يتم تحديد مصير التفليسة ، حيث يجب أن تتم إدارة المتجر في الإطار التحفظي dans une optique conservatiore بغرض المحافظة علي أموال المفلس حتى تتحقق مصلحة الدائنين ببيعها إذالم ينجح في الإتفاق معهم على صلح تنتهي به حالة الإفلاس[٢]. وإذا كانت مصلحة الدائنين ليست هى الغاية الوحيدة لإستمرار النشاط إلا أنها على الأقل تمثل حدا لنطاق التصرفات التي يمكن القيام بها خلال هذه الفترة . وقد ذهب الفقه الفرنسي في ظل قانون التجارة الفرنسي القديم [٣] إلى القول

---

(١) راجع ريجو مولير ، المرجع السابق ، ص ٤٧.

(٢) راجع ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ١٩٦ ، حيث حاول وضع معيار لتحديد الأعمال التي يجوز القيام بها خلال هذه الفترة واختار تحقيق مصلحة الدائنين.

(٣) راجع ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ ، وقد كانوا يفرقون فى ظل قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ بين استمرار الاستغلال واستمرار النشاط ، فاستمرار الاستغلال La continuation de l'exploitation ، فى اصطلاح الادارة ، يشمل جميع العمليات الضرورية والهامة التي من شأنها إنشاء التزام فى المستقبل خلال المدة المحددة ، أما استمرار النشاط la continuation de l'activité فهى صورة أضيق نطاقا formule plus restrictive يشمل فقط استمرار العمليات السارية des operations en cours والاحتفاظ بمستوى الحد الأدنى للنشاط بغرض الحافظة على القيمة الكلية La valeur globale للمشروع .

بأن التصرفات الضرورية les actes necessaires لإستغلال المشروع والمتعلقة بإرادته العادية sa gestion courante يجب عدم منحها مضمونا ضيقا concue trop restrictive وإنما هي تتسع لتشمل العمليات التجارية والمالية des operations commerciales et financières ويجب ألا تقتصر على التصرفات اليومية les actes quotidiens مثل البيع les ventes والشراء les achats والإيجار locations وتقديم الخدمات les prestations de services ولكنها تضم بصفة عامة جميع العمليات التكميلية les operations accessoires اللازمة لاستمرار النشاط الاقتصادي . وذلك بما يتناسب مع الغاية من الإستمرار في تشغيل المتجر خلال هذه الفترة .

ويعتبر من مقتضيات تشغيل تجارة المفلس الوفاء بالإلتزامات الناشئة عن التصرفات التي أبرمها القائم على إدارة المتجر خلال هذه الفترة .

٤٥ - إذا كان صدور الإذن بالإستمرار في تشغيل متجر المفلس يسمح لمن يتولى إدارته أو لأمين التفليسة أن يقوم بكافة التصرفات والأعمال اللازمة لذلك دون ضرورة الحصول على إذن لكل تصرف على حدة ، فإنه يثور التساؤل عن علاقة هذا الإذن بالقيود التى وضعها المشرع على بيع بعض أموال التفليسة أو القيام ببعض الأعمال القانونية

المتعلقة لهذه الأموال خلال هذه الفترة التمهيدية ،حيث حظرت المادة (٦٤٣) بيع أموال التفليسة خلال فترة الإجراءات التمهيدية ، ومع ذلك أجازت لقاضي التفليسة أن يأذن ببيع الأشياء القابلة لتلف سريع أو لنقص عاجل في القيمة أو التي تقتضي صيانتها مصاريف باهظة . كما يجوز الإذن ببيع أموال التلفيسة إذا كان البيع لازما للحصول على نقود للصرف على شئونها ، أو كان البيع يحقق نفعا مؤكدا للدائنين أو المفلس ، ولا يجوزالبيع في الحالة الأخيرة إلا بعد إخطار المفلس بالبيع وسماع أقواله . وقد إشترط المشرع أن يتم بيع المنقول بالكيفية التي عينها قاضي التفليسة ،أما بيع العقار فيجب أن يتم طبقا للأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية بشأن عقارات المفلس ، وقد أجاز المشرع الطعن أمام المحكمة فى القرار الصادر من قاضى التفليسة ببيع أموال المفلس خلال فترة الإجراءات التمهيدية . ورغم أن المشرع لم يحدد من له الحق في الطعن على قرار بيع أموال المفلس فإنه من الواضح الإعتراف بهذا الحق للمفلس والدائنين، لأن البيع قد يضر بمصالحهم .

ونرى أن بحث العلاقة بين الإذن بالإستمرار في تشغيل متجر المفلس والإذن الذي يشترطه المشرع في المادة ٦٤٣ لكي يمكن بيع بعض أموال التفليسة يقتضي القول بأنه إذا كانت هذه الأموال ضمن عناصر المتجر ، وخاصة البضائع ، فإن الإذن الصادر بتشغيل المتجر

يغني عن صدور إذن آخر طبقا للمادة ٦٤٣ ، طالما كان التصرف في هذه الأموال متفقا مع ومقتضيات الإدارة العادية للمتجر. أما إذا كان التصرف فى هذه الأموال لا يتفق مع هذه المقتضيات فلا يجوز القيام بذلك دون الحصول علي الإذن المقرر طبقا للمادة ٦٤٣ سالفة الذكر . وينطبق ذلك علي بيع عقارات المفلس وأمواله التي لا تدخل في الإستغلال التجاري وعناصر المحل التجاري الأخرى غير البضائع .

٤٦ - ولكي يتمكن أمين التفليسة من تشغيل تجارة المفلس والاستفادة من كل إمكاناتها فإنه يجوز له في كل وقت وبعد الحصول علي إذن من قاضي التفليسة دفع الدين المضمون برهن واسترداد الأشياء المرهونة (م ٦١٤ تجاري جديد) . وذلك في حالة الرهن الحيازى ، لأنها هى الحالة التي ينتقل فيها المال المرهون إلى حيازة الدائن المرتهن ، ومن ثم يحرم المدين الراهن من الإستفادة به . وأما إذا كان المال المرهون تحت يد أمين التفليسة فلا يجوز له أن يدفع الدين المضمون إلا إذا بدأ الدائن المرتهن التنفيذ علي المال المرهون . وفي جميع الحالات يشترط أن يكون المال المرهون مفيدا للإستمرار في تشغيل التجارة خلال الفترة التمهيدية .

الاشراف والرقابة على أعمال مدير المتجر

٤٧ - منح المشرع لأمين التفليسة سلطة الإشراف على من يعين لإدارة متجر المفلس (م٢/٦٤٥ تجاري جديد) ، ومعنى ذلك أنه لايتولى الإدارة الفعلية للمتجر . ولكن لا يعني تعيين مديرا للمتجر أيا

كانت درجة إستقلال هذا المدير في عمله ، أن أمين التفليسة قد فقد صفته القانونية كممثل للمفلس ولجماعة الدائنين في مواجهة الغير . وحتي يكون إشراف أمين التفليسة على مدير المتجر إشرافا حقيقا وفاعلاً ألزمه المشرع بأن يقدم تقريرا شهريا إلى قاضي التفليسة عن سير التجارة (م ٦٤٥ /٢ سالفة الذكر) . وينبغى أن يتضمن هذا التقرير كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بنشاط المتجر وتطور مركزه المالي la situation financière لكي يقف القاضي على مدى نجاح أو فشل إستمرار التشغيل ، لأن الاستمرار يرتبط بتحقيق نتائج مرضية للتشغيل ، ومن ثم فإن زيادة الخسائر l'aggravation du déficit تبرر للقاضي سحب الإذن le retrait de l' autorisation بالإستمرار في تشغيل المتجر في أي وقت[١]، حتى لا تنهار الحالة المالية وتضار جماعة الدائنين . ويجب على أمين التفليسة أن يعد حساب للتشغيل le compte d' exploitation يوضح فيه الديون الناشئة عن الإستغلال des créances de l' exploitation التي ينبغي ألا تختلط مع الأموال الأخري للتفليسة، وأن يخضع حساب التشغيل لمراجعة محاسبية مستقلة uné comptabibité distincte [٢].

أما المبالغ المالية التي يتعامل بها مدير المتجر فيجب ألا تبقى تحت يده مبالغ كبيرة لا يحتاجها التشغيل ، وإنما تودع هذه المبالغ

(١) راجع ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٢١٣.
(٢) راجع ، ريجو موليو ، المرجع السابق ، ص ٧٣.

لحساب التفليسة في خزانة المحكمة أو لدى البنك الذي يعينه قاضي التفليسة طبقا للمادة ٦٤٧ من قانون التجارة الجديد ، مع مراعاة أن ينظم قاضى التفليسة اجراءات السحب من هذه الأموال بطريقة لا تعطل نشاط المتجر .

وإذا لم يبذل أمين التفليسة العناية الواجبة في تنفيذ إلتزامه بالإشراف de surveillance على من يعين لإدارة فإنه يتعرض للمسئولية عن الأضرار التي تصيب المفلس أو جماعة الدائنين أو الدائنون الجدد من جراء الإستمرار في تشغيل المتجر رغم تحقيق الخسائر ، لأن ذلك يعتبر إخلالا بواجباته manque à ses devoirs التي تفرض عليه أن يطلب وقف الإستغلال الخاسر une exploitation déficitaire (١) أو تعديله شروط أو حجم التشغيل .

دور المراقب في تنفيذ الإذن بالإستمرار :

٤٧ - إذا كان المشرع قد نص على إشراف أمين التفليسة علي من يعين لإدارة المتجر وألزمه بأن يقدم إلى قاضى التفليسة تقريرا شهرياعن سير التجارة علي النحو السابق ، إلا أن هذا الإشراف قد يكون ضعيفا أو شكليا في كثير من الحالات ، نظرا لانشغال أمين التفليسة مما قد يساعد على التواطؤ أو الإنحراف بالإستمرار في تشغيل متجر

(١) راجع ميشيل هاردوان ، المرجع والمكان السابقين .

المفلس . ولضمان فاعلية الإشراف والرقابة la contrôle et la surveillance على من يتولي الإدارة يجب أن يعين قاضي التفليسة رقيبا أو أكثر من بين الدائنين [١] لكي يراقب أعمال أمين التفليسة المتعلقة بتشغيل المتجر . وله في سبيل القيام بهذه المهمة الحق في أن يطلب من أمين التفليسة إيضاحات عن سير التجارة وعن إيراداتها ومصروفاتها ، ويعد بذلك تقريرا يقدمه إلى قاضي التفليسة .

ويذهب البعض [٢] إلى القول بأنه ينبغي أن يتناسب عدد المراقبين les contrôleurs مع حجم نشاط تجارة المفلس ،فإذا كان من المشروعات الكبيرة فإنه يكون من الأفضل تعيين عدد من المراقبين يمثل كل منهم نوع من الدائنين ، مثل الموردين les fournisseurs والبنوك les banquiers ، ويتشكل من هؤلاء المراقبين مجلس للرقابة le commission de controle يمكن أن يساعد في هذه الإدارة المؤقتة لتجارة المفلس ، عن طريق تقديم المساعدة الفنية le concour technique التي تنقص أمين التفليسة في مجال نشاط المشروع ، كما أنه يقوم بمعاونة قاضي التفليسة في الكشف عن الأخطاء التي وقعت من المدير وتوضيح عيوب الإدارة .

---

(١) راجع في تعيين الرقيب والمهام التي يكلف بها ، المادة ٥٨٢ ومابعدها من قانون التجارة الجديد .

(٢) راجع ، ريجو مولير ، المرجع السابق ، ص ٧٣ - ٧٥.

ولضمان جدية وفاعلية الدرر الذي يكلف به هؤلاء المراقبون ينبغي أن تقرر لهم المحكمة مكافأة على عملهم ، حتى لاتكون مجرد عمل تطوعي لا يقبل عليه الدائنون ، بل إن العمل التطوعي لا يسمح يتعرضهم لمسئولية شديدة إذا أخلوا بواجباتهم ، كما أن عدم حصولهم علي مقابل قد يدفعهم إلى البحث عن تحقيق مصالحهم الخاصة والتواطؤ مع المفلس أو المدير ، ولو أدى ذلك إلى الإضرار بالمصلحة العامة [١] .

المطلب الثاني

الإدارة المباشرة للمشروع في القانون الفرنسي

٤٨ - يعتبر الفقه الفرنسي [٢] أن الإدارة المباشرة هي القاعدة la géstion directe est la règle في القانون الفرنسي منذ التشريع الصادر في ٢٥ يناير ١٩٨٥ الذي وضع نظاما ميسرا plus souple لإدارة المشروع خلال فترة المراقبة وقد إستوحى المشرع هذا النظام من المرسوم الصادر في ٢٣ سبتمبر ١٩٦٧ بشأن الوقف المؤقت للمطالبات الإنفرادية . وتقوم إدارة المشروع خلال هذه الفترة على أسس تختلف في كثير من قواعدها عما كان مقررا في القوانين السابقة ،

---

(١) وقت نصت المادة (٣/٥٨٥) من قانون التجارة الجديد على عدم مسئولية المراقب إلا عن خطئه الجسيم .

(٢) راجع ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٠٥ ، كورين هوان ، المرجع السابق رقم ٤٩٢ ، جان جاك داجر ، المرجع السابق ، رقم ١٢١٣ ، د/ الرافع موسى ، المرجع السابق ، ص ٢٩١ ومابعدها .

حيث لا يترتب على صدور حكم إفتتاح إجراء إصلاح المشروع غل يد المدين du dessaisissement du débiteur عن إدارة أمــواله والتصرف فيها ، وإنما وضع نظاما متغيرا ومحدودا variable et limité لنطاق لغل اليـد يتـوقف علي نطاق السلطات التي تخـولهـا المحكمة للمدير القـضائي l'administrateur ولذلك أطلق عليـه البعض [١] غل اليد القضائى متغير المحتوى un dessaisissement judiciaire a` contenu variable ، حيث قام المشرع بتوزيع السلطات المتعلقة بإدارة المشروع بين المدين والمدير القضائي ، بحيث جعل إستمرار المدين علي رأس المشروع خلال فترة المراقبة هو الأصل ، أما الإستثناء فهو أن تقرر المحكمة قيام المدير القضائي بالرقابة على المدين أو مساعدته في إدارة المشروع ، وقد يصل الأمر إلى حد غل يد المدين جزئيا أو كليا ومنح المدير القضائي سلطة إدارة المشروع جزئيا أو كليا بمفرده [٢] . ومع ذلك لم يترك إدارة المشروع حرة من أي قيد خلال هذه الفترة ، ولكنه حظر بعض التصرفات أو الأعمال وإشترط إذن من القـاضي المنتـدب le juge - commisssaire قبل القيـام

---

(١) راجع ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢١٣ .

(٢) راجع تفصيلا :

Corinne Saint- Alary - Houin , la repartition des pouvoirs au cours de la période d'observation , Rev. des . procédures collectives , 1990 , p. 3 et s.

بتصرفات معينة أخري ، وذلك بغرض حماية الدائنين وضمان وجود الأموال اللازمة لإستمرار المشروع خلال فترة المراقبة .

وعلى ذلك نتناول دور كل من المدين والمدير القضائي في إدارة المشروع ثم التصرفات المحظورة والتصرفات التي تخضع لأذن مسبق من القاضي

أولا : سلطات المدين في إدارة المشروع :

٤٩ - إعترف المشرع للمدين بسلطات خاصة les pouvoirs propres تمكنه من الإدارة الحقيقية effectivement للمشرع خلال فترة المراقبة[١] وهي سلطات تتفوق preponderance على السلطات المخولة للمدير القضائي الذي لا يعين في الإجراء المختصر إلا نادرا ، وفي الإجراء العام يعين للقيام بسلطات معينة تحددها المحكمة[٢] . أما المدين فالأصل أن تظل له إدارة المشروع خلال هذه الفترة ، لأنه لا يترتب علي صدور حكم إفتتاح إجراء الإصلاح أو التقويم redressement غل يد المدين بصورة تلقائية le dessisissement automatique عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، ولكنه يظل على رأس المشروع ليقوم بالأعمال التحفظية وأعمال الإدارة المعتادة ، على نحو نوضحه فيما يلي .

(١) راجع ، ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٣٦.
(٢) راجع : كوين هوان ، بحث توزيع السلطات خلال فترة المراقبة ، السابق الاشارة اليه ، ص ٧-١٠.

٢ - الأعمال التحفظية les actes conservatoires ،

٥٠ - أجازت المادة (٢٦ / ١) [١] للمدير القضائي أن يطلب من المدين القيام بالأعمال اللازمة للمحافظة على حقوق المشروع لدى المدينين ، وكذلك الأعمال اللازمة لضمان إستمرار الطاقات الانتاجية للمشروع.ومن ثم لا يجوز للمدير أن يجرد المدين كليا من هذا الحق n'est totalement depourvu du droit.[٢] ومن أمثلة الأعمال التي تحافظ على حقوق المشروع لدي الغير :إستيفاء les recouvrement الديون المستحقة echues وقيد الرهون l'inscription des hypothèques والإمتيازات privilèges les حجز ما للمدين لدى الغير les saises entre les mains d'un débiteur وقطع التقادم l'interruption d'une prescription.

أما الأعمال التي تحافظ على الطاقات الإنتاجية فهي ذات طبيعة إقتصادية أكثر منها قانونية ، ومن ثم فهي أوسع نطاقا من الأعمال السابقة ، ولكن يجب ألا تتجاوز حدود الإجراءات التحفظية ، مثل شراء

---

(١) وقد جرى نص هذه المادة على النحو التالى :

" Des son entree en fonction , L'administrateur est tenu de requerir du chef d'entreprise ou , selon , le cas . de faire lui- mem tous actes necessaises a la conservation des droits de l'entreprise contre les débiteurs de celle- ci et a la préservation des capacites de production " .

(٢)راجع كورين هران ، بحث توزيع السلطات خلال فترة المراقبة ، السابق الاشارة اليه ، ص ١٠ رقم ١٩ ..

المواد اللازمة لصيانة المعدات والمواد الخام اللازمة للإنتاج ، وبيع المخزون الإنتاجي القابل للتلف soumis à dépérissement أو انخفاض القيمة la dépréciation [١] .

وهذه التصرفات كانت محظورة على المدين ، لأنها تدخل في نطاق غل اليد طبقا للقواعد التقليدية لنظام الإفلاس .

٢- أعمال الإدارة المعتادة les actes de géstion courante

٥١ - قررت المادة ٢/٣٢ من قانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥ مع مراعاة القواعد المقررة في المادتين ٣٣ و ٣٧ من ذات القانون ، أن أعمال الإدارة المعتادة التي يقوم بها المدين بمفرده تكون صحيحة بالنسبة للغير حسن النية [٢]. وهذا النص يعالج الحالة التي تقرر فيها المحكمة غل يد المدين وتعيين المدير القضائي ليتولي إدارة أمواله والتصرف فيها أو ليقوم بمساعدته في القيام بذلك [٣] . والغرض من ذلك هو هو حماية الذين يتعاملون مع المدين وهم لا يعلمون بانتقال سلطات إدارة المشروع إلى المدير القضائي ، وخاصة بعد أن أصبح غل

---

(١)راجع ريبيرو روبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٢٧ ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٠٥ ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١١٩٩ ، ص ٢١٩.

(٢) وقد جرى النص على النحو التالي :

" en outre , sous reserve des dispositions des articles 33 et 37 ci - aprės , les actes de gestion courante qu'accomplit seul le débiteur sont reputes valables a l'égard des tiers de bonne foi ".

(٣) راجع ما سيأتي بشأن سلطات المدير القضائي ، رقم٥٤ ومابعدها.

يد المدين ذو مضمون متغير à contenu variable .(1)ويستفيد الغير من هذه القاعدة أيا كان نطاق المهمة المكلف بها المدير القضائي.

ويشترط لصحة التصرف الذي أجراه المدين بمفرده، أولا : أن يكون من أعمال الإدارة المعتادة : ورغم أن فكرة الأعمال المعتادة تبدو بسيطة إلا أنها في الحقيقة يصعب حصر الحالات التي تنطوي تحتها[2]، ومن ثم يكون لقاضي الموضوع دور هام في تحديد ما إذا كان التصرف من أعمال الإدارة المعتادة أم لا ، وذلك في ضوء ما جرت عليه العادات التجارية les usages du commerce وما يتفق مع النشاط المعتاد للمشروع وما يقتضيه استمرار نشاطه [3] ، وعلى ذلك إعتبر القضاء الفرنسي العمل من أعمال الإدارة المعتادة إذا تعلق بعمليات حقيقية d'opérations réellement معتادة [4] ، ويتفق مع العادات التجارية [5] ، ولا يكون موضوعها قدر كبير من أموال المشروع[6] . كما يجب أن يكون العمل متعلقا بنشاط مستمر بصورة

---

(١) راجع ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢١٤ ، ص ٢٣٥ ، ريبير وربلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٣٧ ، ص ١٠٥٨ .

(٢) راجع : فيبب ديليبك ، إدارة المشروع ، رقم ٣٤ ، ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٣٦ ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٠٦ ،ص ٢٩١ .

(٣) راجع : فيليب ديليبك ، المرجع السابق ، رقم ٣٥ ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٠٦ ، ص ٢٩٢ .

(٤) راجع : Cass. com . 23 Juin 1981 . Bull . Civ., IV. No 291.

(٥) راجع : Cass. com. , 8 Mars 1983 , Bull. civ., Iv , No 97.

(٦) Triib. com. Lyon, 25 octobre 1972 , Rev. Juris . com. 1973 , p. 123.

منتظمة في المشروع [١].

ولا يقتصر سلطات المدين في هذا المجال على أعمال الإدارة بالمعني الضيق ولكنهاتشمل أيضا عمال التصرف des actes disposition التي تدخل في نطاق النشاط العادى للمشروع[٢].

ومن الجدير بالذكر أن الفقه يذهب إلى أن نطاق تطبيق المادة ٢/٣٢ سالفة الذكر لا يقتصر على الأعمال المهنية aux actes professionnels التي تتم فى إطار إستمرارنشاط المشروع ، ولكنها تمتد لتشمل النشاط المالي a l'activite patrimoniale المتعلق بالنشاط الشخصي d'un exploitant individuel البعيد عن مهنته étrangère a` sa profession طالما كانت العملية تدخل في مفهوم الإدارة المعتادة ، مثل تحصيل الإيجار le encaissement de loyers وشراء حصص عقارية achats de rompus والمشاركة في توزيع مجاني une repartition gratuite لأسهم مقيدة في البورصة d'actions cotées en dourse [٣].

---

(١) راجع ، فيليب ديلبيك ، المرجع والمكان السابقين .

(٢) راجع ، كورين هوان ، بحث توزيع السلطات السابق الاشارة اليه ، ص ١١ ، رقم ٢٢.

(٣) راجع : فيليب ديلبيك ، المرجع السابق ، رقم ٣٦ ، كورين هوان ، البحث السابق الاشارة اليه ص ١١ - ١٣ رقم ٢٣.

كما أن هذه المادة لا تنطبق على الحقوق المتصلة بشخص المدين des droits attaches a la personne، لأن هذه الحقوق لاتدخل في نطاق غل اليد حتى فى إطاره التقليدي ، حيث يجوز للمدين ممارستها دائما بكل حرية ، [١] لأنه لا يترتب على الحكم بالإفلاس وضع المدين في حالة رق mis en esclavage . [٢]

إما الشرط الثاني فهو أن يكون من تعامل مع المدين حسن النية bonne foi ويعتبر حسن النية من يتعامل مع المدين وهو لايعلم بالحكم الذي يقيد سلطات المدين ويعتقد أن التصرف الذي أجراه يدخل ضمن سلطاته ،ويكون حسن النية مفترضا présumé فيمن تعامل مع المدين ، ومن ثم يقع على طالب البطلان l'annulation عبء إثبات سوء النية ، بإقامة الدليل على علمه بمركز المدين وحدود سلطات . ويري الفقه أنه لا يكفي لإثبات سوء النية مجرد نشر الحكم publication du jugement الذي قيد سلطات المدين ، لأن ذلك يفرغ المادة ٢/٣٢ من مضمونها ويعطل تطبيقها ، حيث يوجب المشرع نشر هذا الحكم في جميع الحالات ، ولذلك يجب إثبات العلم الحقيقي une connaissance effective بغل اليد الذي ينطبق على المدين [٣].

(١) راجع ، فيليب ديلبيك ، المرجع السابق ، رقم ٣٧ .

(٢) راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢١٤ ، ص ٢٣٥ .

(٣) راجع ، ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٣٦ ، ص ٣٨٨ ، ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٣٧ ، ص ١٠٥٨ .

وفي هذه الحالة لا يستطيع الغير التخلص من خطر بطلان التصرف sans que le tièrs puisse cependant pratiquer la politique de l'autuch [١]، أى أنه لا يشترط أن يتوافر لدى الغير قصد الإضرار بالدائنين .

أما الشرط الثالث فهو أن تراعى أحكام المادة ٣٣ ، التي حظر فيه المشرع وفاء الديون السابقة على حكم إفتاح الإجراء الجماعي، [٢] والمادة ٣٧ التي تمنح المدير القضائى وحده حق طلب إستمرار العقود السارية يوم صدور الحكم [٣] .

٣ - الأعمال التي لا تدخل ضمن مهمة المدير القضائي :

٥٢ - تنص المادة ١/٣٢ من القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥ علي أن " يستمر المدين في القيام بأعمال التصرف والإدارة علي ذمته المالية، بالإضافة إلى الحقوق والدعاوي التي لا تدخل ضمن مهمة المدير " [٤] . يتضح من هذا النص أن المشرع يعترف للمدين بسلطة

---

(١) راجع ، فيليب ديلبيك ، المرجع السابق ، رقم ٣٣.

(٢)راجع ما سيلي ، رقم ٦١ .

(٣) راجع المبحث الثالث من هذا الفصل ، ص ١٨٨ومابعدها .

(٤) " Le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administrion , ainsi que les droits et actions qui ne sont pas conpris dans la mission de l'administrateur " .

إستعمال كافة الحقوق والدعاوى التى لاتدخل صراحة في مهمة المدير القضائي [١] ، ،ســواء بناء على نص في القــانون أو بناء علي حكم المحكمة التي عينته . وبذلك يمكن القول بأن سلطات المدين تنتج من تضييق سلطات المدير ، وهذا يعتمد على قرار المحكمة الذى يحدد السلطات المخولة للمدير[٢]. وفي حالة التنازع بين المدين والمدير بشأن دخول عمل معين في إختصاص أي منهما فإن القاضي المنتدب هو الذي يفصل في هذا التنازع بماله من سلطة عامة في الإشراف على الإجراءات [٣].

ومع ذلك يأخذ الفقه على هذا النص أنه جاء صيغة مبهمة est ambigue [٤]وغير متقنة maladroite مما أعطى مجالا لإختلافات علي قدر كبير من الأهمية في تفسيره [٥] . حيث ذهب رأى إلى القول بأن المشرع يريد التمييز والفصل dissocie بين الذمة المالية للمدين وهي التي يحتفظ عليها المدين بسلطة الإدارة والتصرف، أما الذمة المالية للمشروع la patrimoine de l'entrepris فإن سلطاته عليها تتوقف على ما لم يختص به المدير القضائي .وذهب رأي آخر إلى

---

(١) راجع ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٠٧ ، ص ٢٩٢.
(٢)راجع ما سيلى ، رقم ٥٤ .
(٣) راجع : فيليب ديليبك ، المرجع السابق ، رقم ٢٨
(٤)راجع كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٠٧ ، ص ٢٩٢ ، وأيضا بحثها السابق الاشارة اليه رقم ٢٤ .
(٥) راجع ، ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٣٦ ، ص ٣٨٧ .

القول بضرورة أخذ نص المادة ١/٣٢ على أنه وحدة واحدة دون الفصل بين الشطرين اللذين نشئا عن وضع فصله virgule بينهما ، ومن ثم لا يجوز الفصل بين الأموال المستغلة في المشروع والأموال البعيدة عن الإستغلال المهني طبقا لمبدأ وحدة الذمة المالية [١].

وقد أخذ بهذا التفسير الذى نادى به الرأي الأول بعض أحكام القضاء الفرنسي [٢]، حتى جاء حكم محكمة النقض الصادر في ٢٧ نوفمبر ١٩٩١ الذي أيد حكم محكمة الإستئناف التي قررت أن الحكم الصادر بإفتتاح إجراء الإصلاح القضائي redessement judiciaire يمتد أثره إلي جميع ذمته المالية s'étendait à l'intégralité de son patrimoine ولا يقتصرعلى الأموال التي يستغلها في المشروع . وقد إعتمد حكم محكمة النقض في تأييده لحكم محكمة الإستئناف علي مبدأ وحدة الذمة المالية le principe de l'unité de patrimoine الذي مازال قائما في القانون الفرنسي رغم ما أدخله عليه المشرع من إستثناءات . وبذلك يري الفقه أن الخلاف بشأن تفسير هذا النص قد إنتهى le débat est clos منذ صدور هذا الحكم .

---

(١)راجع : ميشيل جيانتان المرجع السابق ، رقم ٦٣٧ ، ص٣٨٨ ، فيليب ديليبك ، المرجع السابق ، رقم ٧ ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢١٠ ، ص ٢٣٣.

(٢) راجع تفصيلا الأحكام المشار اليها فى مؤلف الأستاذة كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٠٧ ، ص ٢٩٣ - ٢٩٤ .

وبذلك لا يتمتع المدين بسلطات علي ذمته المالية إلا بالقدر الذي لا يدخل ضمن مهمة المدير القضائي [١] .

سلطات المدين في الإجراء المختصر :

٥٣- خصص المشرع الإجراء المختصر la procédure simplifié [٢] للمشروعات الصغيرة التي تناسبها القواعد العامة للإصلاح القضائي la procédure générale وقد نصت المادة ١/١٤١ على أنه خلال فترة المراقبة يستمر نشاط المشروع بواسطة المدين إلا إذا رأت المحكمة ضرورة تعيين مدير ، الذي يمكن أن يكون مديرا قضائيا un admimnistrateur judiciaire أو أي شخص مؤهل qualifiée للقيام بهذا العمل . وفي هذه الحالة قد يكون المدين مغلول اليد dessaisi وممثلا بواسطة المدير أو مساعدا بواسطته [٣] .

---

(١) راجع ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٠٨ ، ص ٢٩٤ ، فيليب ديليبك ، المرجع السابق ، رقم ٧ .

(٢) راجع المادة ١٣٧ ومابعدها من القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥ .

(٣) جرى نص هذه المادة على النحو التالى :

Pendant cette période l'activité est poursuivie par le débiteur sauf s'il apparait necessaire au tribunale de nommer un administrateur qui peut être soit un administrateur judiciaire soit toute personne qualifiée, dans ce cas , le débiteur est soit dessaisi et représente par l'administrateur , soit assisté par celui . ci .

يتضح من ذلك أن المشرع يفرق بين حالتين : الأولى : عدم تعيين مدير بعد الحكم بإفتتاح الإجراء المختص لإصلاح المشروع ، وفي هذه الحالة يكون للمدين كافة السلطات التي تمكنه من القيام بالأعمال والتصرفات اللازمة لإستمرار نشاط المشروع خلال هذه الفترة وكأنه لم يفتتح ضده الإجراء الجماعي (١) . مع إلتزامه بمراعاة القواعد المتعلقة بمنع مديري الأشخاص الإعتبارية من التصرف في حقوقهم ، سواء كانت حصص أو أسهم أو شهادات إستثمار المقرر لهذه الحقوق في الشركة الخاصة للإجراء الجماعي ، إلا بالشروط التي حددتها المحكمة وذلك إعتبارا من تاريخ صدور حكم إفتتاح الإجراء (م ٢٨) ، وكذلك السلطات المقررة للقاضي المنتدب في دعوة الجمعية العامة للشركاء (م٢٢) وفي الإذن ببعض التصرفات (م٣٣) . يتضح من ذلك أن إستمرار الإستغلال خلال هذه الفترة يتم دون رقابة contrôle ولا إشراف surveillance ، وهذا من شأنه زعزعة ثقة الموردين والبنوك في المشروع مما يهدد نجاح فترة المراقبة في إصلاحه مما ينتهي بإعلان التصفية القضائية liquidation judiciaire للمشروع خلال مدة قصيرة (٢) .

أما الحالة الثانية : إذا عينت المحكمة مديرا قضائيا : في هذه

---

(١) راجع إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢١٨ ، ص ٢٣٩ .
(٢) راجع ريبير وربلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٣٥.

الحالة تحدد المحكمة المهمة التي يقوم بها المدير . فإذا كانت مهمته هي مساعدة d'assistance المدين فإنه تنطبق القواعد المقررة في الإجراء العام ، أما إذا كلفت المحكمة المدير بتمثيل représenté المدين ، في هذه الحالة يكون المدين مغلول اليدdessisi كلية ، وطبقا للمفهوم التقليدي لغل اليد الذي يترتب علي صدور حكم الإفلاس ، وبذلك يتولي المدير إدارة أموال المدين والتصرف فيها .

ثانيا : سلطات المدير القضائي :

٥٤ - تنص المادة ٣١ من القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥ على أنه فضلا عن السلطات الممنوحة بموجب هذا القانون تحددمهمة المدير أو المديرين القضائيين بواسطة المحكمة التي يجوز لها أن تكلفه بكل أو بعض المهام الآتية :

١- الإشراف على عمليات الإدارة .

٢- مساعدة المدين في جميع الأعمال المتعلقة بالإدارة ، أو ببعض هذه الأعمال .

٣- أن يقوم بمفرده بإدارة المشروع كله أو جزء منه .

ويلتزم المدير في تنفيذ مهمته بإحترام الإلتزامات القانونية والإتفاقية التي تقع على عاتق رئيس المشروع .

وتستطيع المحكمة في كل وقت تغييرمهمة المديربناء على طلبه أو طلب ممثل الدائنين أو نائب الجمهورية أو من تلقاء نفسها .

ويستطيع المدير تشغيل الحسابات المصرفية والبريدية للمدين بموجب توقيع من المدير إذا خضع المدين للمحظورات المقررة في المواد ٢/٦٥ و٣/٦٨ من المرسوم الصادر في ٣٠ أكتوبر ١٩٣٥ بشأن مواد الشيكات .

يتضح من ذلك أن المشرع يمنح للمدير القضائي سلطات محددة بنص القانون ، وسلطات أخري وضع الإطار العام لها ثم ترك للمحكمة تحديد السلطات التي يتمتع بها المدير القضائي من بين ما نص عليه المشرع .

٥٥- فبالنسبة للسلطات التي منحها القانون: وهي صلاحيات قررها المشرع بنصوص صريحة للمدير القضائي بصفته عضو في الإجراء الجماعي organe de la procédure . وهي سلطات مستقلة sont autonomes ومرتبطة بهذه الصفة ، ومن ثم لا يجوز للمحكمة أن تقلص atteinte أو تغير ni les modifier من هذه السلطات لأنها لا تخضع للتدرج القضائي à la devolution judiciaire المقرر في المادة ٣١ سالفة الذكر [١] .

---

(١) راجع : فيليب ديلبيك ، إدارة المشروع ، المرجع السابق ، رقم ١٠.

ومن هذه السلطات إعدادالتقرير bilan الاقتصادي والاجتماعي عن المشروع ، بالإضافة إلى خطة إصلاحه ، وله في سبيل ذلك أن يطلب تعيين واحد أو أكثر من الخبراء experts للإستعانة بهم . كما يختص بطلب وقف النشاط أو التصفية القضائية ، وأيضا طلب إستمرار العقود السارية ، وهو صاحب الصفة في إستعمال دعاوى بطلان التصرفات الصادرة من المدين خلال فترة الريبة les action s en nullite de la periode suspecte ودعاوى تكملة ديون comblement du passif الشركة ضد القائمين على إدارتها أو دعاوى مد الاجراءات إلى هؤلاء ، وكذلك رفع دعوى الافلاس الشخصىmise en faillite personnelle ضد المدين أومديري الأشخاص الإعتبارية .

كما منحت الفقرة الأخيرة من المادة سالفة الذكر للمدير القضائي سلطة تشغيل الحسابات المصرفية والبريدية المفتوحة بإسم المدين إذا كان خاضعا للمنع المقرر فى المواد المشار إليها ، وهذا يخول المدير سلطة إصدار الشيكات ، مما يقضي على عقبة عملية هامة كانت تظهر في حالة تطبيق المنع من إصدار الشيكات على الشخص المعنوي أو علي التاجر الفرد الذي حكم بشهر إفلاسه (١).

---

(١) راجع ، فيليب ديلبيك ، إدارة المشروع ، المرجع السابق ، رقم ١٢.

٥٦- أما عن السلطات التي تمنحها المحكمة للمدير القضائي ، وهي تمثل قيود على سلطة المدين في إدارة أمواله والتصرف فيها ، فهي سلطات متغيرة حسب قرار المحكمة التى تتمتع بسلطة تقديرية تمكنها من تحديد وتغيير مهمة المدير القضائى حسب ظروف كل حالة على حدة ، وفى الحالة الواحدة حسب الظروف التي يمر بها المشروع ، حيث يجوز لها التغيير فى أى وقت داخل نطاق المهمة الواحدة ، من الاستغراق الكامل لكل الأعمال اللازمة لادارة المشروع إلى اقتصارها على أعمال معينة فقط . كما يجوز للمحكمة أن تقرر للمدير أكثر من مهمة فى الحالة الواحدة حيث تكلفه بالاشراف والرقابة على بعض الأعمال ومساعدة المدين فى البعض الآخر وتمثيله فى إجراء بعض التصرفات ذات الأهمية الخاصة [١]. ولم يضع المشرع معياراً un critère محدداً يجب على المحكمة اتباعه عند تحديد مهمة المدير القضائى ، ولكنها تختار المهمة التي تضمن أفضل استمرار للمشروع خلال فترة المراقبة [٢]. وعلى ذلك فهي قد تكلفه القيام بكل أو ببعض المهام الآتية :

٥٧- ١- الإشراف على عمليات الإدارة de surveiller les opérations de gestion التي يقوم بها المدين . ويرى الفقه أن

---

(١) راجع ، فيليب ريليبك ، إدارة المشروع ، المرجع السابق ، رقم ١٤.
(٢) راجع ، ريبيرو روبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٣٤ ، ص ١٠٥٤.

الإشراف تعتبر فكرة مبهمة est une notion vague ليس لها معنى قانوني sens juridique محدد ، ومن ثم فهي تمثل ضمان ضعيف garantie fragile بالنسبة للغير[١]، حيث لا يترتب عليها تغيير في مركز المدين بعد صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي ضده ، وإنما يظل على رأس المشروع يمارس حقه في إدارة أمواله والتصرف فيها بمفرده، بشرط احترام القيود المقررة في المادة ٣٣ الخاصة بمنع الوفاء بالديون السابقة على صدور الحكم . وتقتصر مهمة المدير القضائي على مراقبة الأعمال التى يقوم بها المدين للتأكد من أنها لا تضر بمصلحة الدائنين أو أن من شأنها إضعاف فرصة إصلاح المشروع ، ويقوم بإبلاغ أي عقبات تواجهه إلي القاضي المنتدب ،ولا يقتصر إشراف المدير على مراقبة مدى إحترام المدين للقانون بالنسبة للأعمال التي يقوم بها وإنما يمتد الإشراف إلى مدى ملائمة opportunite هذه الأعمال لمقتضيات فترة المراقبة [٢] . ولكن لا يجوز للمدير أن يتدخل في إدارة المشروع أو أن يمنع المدين من القيام بتصرف معين [٣].

وإذا خالف المدين رأي المدير القضائي بالنسبة لتصرف معين فإنه

---

(١) راجع ريبير و روبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٣٤ ، ص ١٠٥٤.
(٢) راجع ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢١٤ ، ص ٢٣٥ .
(٣) راجع ، فيليب ديليبك ، إدارة المشروع ، المرجع السابق ، رقم ١٥.

لا يترتب على ذلك بطلان nullité هذا التصرف ، وإنما كل ما يستطيعه المدير هو تقديم تقرير إلي المحكمة يوضح فيه وجه الخطأ في تصرف المدين ويطلب منها توسيع سلطاته بما يضمن المحافظة على مصالح الدائنين والمشروع .

ويعتبر إلتزام المدير بالإشراف على المدين إلتزام ببذل عناية une obligation de moyen ، ومن ثم تتحقق مسئوليته عن عدم بذل العناية الواجبة في الإشراف والرقابة على أعمال المدين والمسارعة بإبلاغ المحكمة بأي تصرف من شأنها لإضرار بالدائنين أو المشروع ، وقد يتم الإشراف والرقابة من خلال إلزامه للمدين بتقديم حسابات منتظمة أو إطلاعه عليها أو بأي وسيلة أخري تكون مناسبة طبقا لما جري عليه العمل في تنفيذ مهمة الإشراف [1] .

٥٧ - ٢ - **مساعدة المدين** d'assister le débiteur في كل أو بعض الأعمال المتعلقة بإدارة المشروع . وهذه المهمة تشبه مهمة السنديك في نظام التسوية القضائية le règlement judiciaire في ١٣ يوليو ١٩٦٧ . فى هذه الحالة لا يجوز للمدين أن يتصرف بمفرده ولكن يجب الحصول على الموافقة الصريحة l'accord exprès من المدير قبل القيام بالعمل الذي يدخل ضمن مهمة

(١) راجع ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٠١ ، ص ٢٨٨.

المساعدة ، أي أن يوجد المدير إلي جوار aux côtés المدين [١]، سواء كانت هذه المهمة تشمل جميع الأعمال اللازمة لإدارة المشروع أو إقتصرت على أعمال معينة حددتها المحكمة . ويرى الفقه أن تكليف المدير بمساعدة المدين يضمن حماية أكثر لمصالح الدائنين من مجرد قيامه بالإشراف على إدارة المدين ، لأن عدم موافقة المدير علي العمل الذي قام به المدين تجعل إلتزام المدين معيبا [٢] . وقد إختلف الرأي حول طبيعة هذا العيب والجزاء المقرر بالنسبة للتصرف الذي أجراه المدين بمفرده دون الحصول على موافقة المدير المعين لمساعدته [٣]، حيث ذهب البعض إلى القول بأن تعيين المديرلمساعدة المدين في إدارة المشروع خلال فترة المراقبة لا يقتضي وجود توقيع المدير إلي جوار توقيع المدين le contreseing من أجل إعتماده ، ولكن يحتفظ المدين بسلطاته في إدارة المشروع وتظل دائرة تدخل المدير محدودة ، ولا يجوز أن تؤثر علي صحة ومصير العمل الذي أجراه المدين بمفرده ، ومن ثم لا يترتب علي مخالفته بطلان التصرف sa nullité ولكن مجرد عدم الإحتجاج به sa simple inoposabilité على

---

(١) راجع كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٠٢ ، ص ٢٨٩ .

(٢) راجع ، فيليب ديلبيك ، إدارة المشروع ، المرجع السابق ، رقم ١٦ ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢١٤ ، ص ٢٣٥ .

(٣) راجع تفصيلاً فى ذلك ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٠٢ ، ص ٢٨٨ - ٢٩٠.

الدائـنين، وبالتـالي يلتـزم المـدين بتنفـيذه إذا تحسـنت حـالتـه المالية revenu à meilleure fortune بعد إنتهاء الإجراءات[١].

ويذهب الرأي الراجح إلى القول بأن التصرف الذي يجر يه المدين بمفـرده دون إحـترام مهـمة المدير القضائي المعين لمساعدته يكون باطلا كأي تصرف يصدر من شخص ليس له سلطة إصداره ، والبطلان في هذه الحـالة هو بطلانا مطلقـا une nullité absolue لأنه يضـر بالمصلحة العامة l' intérêt public المرتبطة بإصلاح المشروع [٢] كـمـا أن البطلان هو الجزاء الطبـيـعي على إغـتـصـاب السلطات de l'empietement de pouvoirs وهو ما يتوافر في حالة مخالفة المدين لقـواعد توزيع سلطات إدارة المشروع وقيامه منفردا بالتصرف دون مساعدة المدير القضائي[٣] . وقد أيدت المحكمة النقض الفرنسية هذا الإتجـاه حيث قـررت أن الأعـمـال الإجـرائيـة les actes de procédure التي تعلن notifiés إلى المدين فقط رغم وجود المدير القضائي المعين لمسـاعدته في جمـيع الأعمـال ، تكون مخالفة للقانون entachés d' une irrégularité من الناحية الموضوعية

---

(١) راجع إف جيون، المرجع السابق ، رقم ١٤١٢ ، ص ٢٣٦ ، فيليب ديليبك ، إدارة المشروع ، المرجع السابق ، رقم ٧٩ .

(٢) راجع ، ريبيرو روبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٣٧ ، ص ١٠٥٨ .

(٣) راجع ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٠٢ و ص ٢٨٩.

مما يترتب عليه بطلانها leur nullité[١] . وذلك بعكس التصرفات التي يجريها المدين خلال فترة التصفية القضائية حيث تقرر محكمة النقض عدم الإحتجاج بها وليس بطلانها [٢].

٥٨ - ومع ذلك يري الفقه أنه حتى وإن جاءت مساعدة المدير للمدين بصيغة عامة **فأنه يحدها ثلاث حدود** triplement limitée [٣]، **الأول** : حق المدير في القيام بالتصرفات التي لا تضر بمصلحة الدائنين ، مثل الأعمال التحفظية des actes conservatoires والتصرفات التي تتعلق بحياته الخاصة . **أما الثاني** فهو إعتبار أعمال الإدارة المعتادة التي يقوم بها المدين صحيحة بالنسبة للغير حسن النية طبقا للمادة ٢/٣٢ سالفة الذكر (١) .

أما الحد الثالث فهو حق كل شخص في الدفاع عن مصالحه se défendre personnellement أما المحاكم ، حيث يجوز للمدين بمفرده إتخاذ طرق الطعن les voies de recours ضد حكم إفتتاح الإجراء أو الحكم الذي يقرر مصير المشروع .

---

(١) Cass. soc. 7 Novembre 1990 , D. 1992 . Somm . 254 , obs , Derrida.

(٢) Cass. Com. 23 Mai 1995, D. 1995 , inf. rap. p. 153.

(٣) راجع ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢١٤ ، ص ٢٣٥ - ٢٣٦ ، فيليب ديليبك إدارة المشروع ، المرجع السابق ، رقم ١٨.

٥٩-٣ - تكليف المدير وحده بإدارة المشروع l'administration de l'entreprise ، سواء كانت مهمته هي الإدارة الكاملة للمشروع أو لجزء منه أو كانت تشمل جميع الأعمال اللازمة للإدارة أو بعض هذه الأعمال فقط ، طبقا لقرار المحكمة . وفي إطار هذا القرار يكون المدير القضائي ممثلا représentant للمدين ،أي يتصرف بمفرده بإسم ولحساب المدين ، وبذلك تغل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها. ذلك مع مرعاة الحدود المقررة في حالة المساعدة (١) ، وهي التي تسمح للمدين بالقيام بالأعمال التحفظية وأعمال الإدارة المعتادة وحق المدين في الدفاع عن مصلحته أمام المحاكم (٢) .

ونظرا لشدة هذه المهمة التي يكلف بها المدير يرى الفقه أنه ينبغي أن تظل إستثنائية rester exceptionnelle، لأنها لا تتلائم مع الرغبة في إصلاح المشروع ، حيث تثير جو من عدم الثقة du climat de méfiance في المشروع لدى العملاء les clients والموردين les fournisseurs الذين يجب عليهم إعتبارا من هذا الحكم التعامل مع المدير القضائي الذي لا يعرفونه . ومن ثم لاتلجأ المحكمة إلى مثل هذا الإجراء إلا إذا رأت أن إصلاح المشروع يقتضي

---

(١) راجع ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢١٤ ، ص٢٣٦ ، فيليب ديليبك ، إدارة المشروع ، المرجع السابق ، رقم ١٨.

(٢) راجع ما سبق رقم ٥١ .

إستبعاد المديرين لعدم جدارتهم بالإدارة leur incompetence أو لإنحرافهم leur malhonnetete[١] .

وإذا تصرف المدين بالمخالفة لقواعدغل اليد في هذه الحالة فإن البعض يرى عدم الإحتجاج بهذا التصرف [٢]، ويذهب الراجح إلى القول ببطلانه بطلانا مطلقا ، باعتباره تصرفا صادرا من غير ذى سلطة ، فضلا عن مخالفته لقواعد آمرة متعلقة بالنظام العام [٣].

وإذا كان المشرع يعترف للمدين بسلطة القيام بالأعمال اللازمة لإدارة المشروع خلال فترة المراقبة ، وقد قيد هذه السلطات بما تكلف به المحكمة المدير القضائي من مهمة الإشراف أو المساعدة أو تمثيل المدين ، إلا أن المشرع لم يترك للمدين أو المديرالقضائي السلطة المطلقة في القيام بأعمال إدارة المشروع وإنما حظر القيام بتصرفات معينة وإشترط الحصول على إذن القاضي المنتدب قبل القيام بأعمال أخرى ، وهذا ما نتناوله فيما يأتى .

---

(١) راجع ، فيليب ريليبك ، إدارة المشروع ، المرجع السابق ، رقم ١٧ ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢١٤ ، ص ٢٣٦ .

(٢) راجع إف جيون ، المرجع والمكان السابقين ، والرأى المشار إليه لدى كورين هوان ، المرجع السابق ، ص ٢٩٠ هامش ١٠٧ .

(٣)راجع ريبير ورويلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٣٧ ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٠٣ ، وخاصة هامش رقم ١٠٦ ص ٢٩٠.

القيود المقررة على سلطة من يتولي إدارة المشروع :

٦٠ - تنص المادة ٣٣ من القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥ على أن "حكم إفتتاح الإجراء يقتضي، بقوة القانون، حظر الوفاء بالديون الناشئة قبل صدور حكم الإفتتاح . وهذا الحظر لا يمنع وقوع المقاصة بين الديون المرتبطة .

يجوز للقاضي المنتدب أن يأذن لرئيس المشروع أو للمدير في القيام بأعمال تصرف لا تدخل ضمن الإدارة المعتادة للمشروع، كإنشاء رهن رسمي أو حيازي أو قبول التحكيم أو الصلح .

ويجوز للقاضي المنتدب أيضا أن يأذن في وفاء الديون السابقة على الحكم ، من أجل إستعادة مال مرهون أو شئ يستعمل عليه الغير حق قانوني في الحبس، إذا كان مبرر هذه الإستعادة هي إستمرار النشاط .

كل تصرف أو كل وفاء تم بالمخالفة للقواعد المقررة في هذه المادة يكون باطلا est annulé بناء على طلب كل ذي مصلحة ، ويقدم طلب البطلان خلال ثلاث سنوات من تاريخ إبرام التصرف أو من وفاء الدين. وإذا كان التصرف مما يجب شهره ، فإن المدة تبدأ من تاريخ الشهر " .

يتضح من ذلك أن المشرع يحظر على المدين أو المدير القضائي

القيام ببعض الأعمال والتصرفات التي لا تتلائم مع طبيعة فترة المراقبة والهدف الذي وجدت من أجله ، حيث أن من شأن القيام بها إما إختفاء الأموال اللازمةلإستمرار نشاط المشروع ،، مما يقلل فرصة إصلاح حالته المالية ، وإما أنها تضر بمصلحة الدائنين . ومع ذلك فقد خول المشرع للقاضي المنتدب سلطة الإذن للمدين أو المدير القضائي لإجراء بعض هذه الأعمال أو التصرفات ، إذا تحقق من أن القيام بها يساعد على إصلاح حالة المشروع ولا يضر بالدائنين . وسنتناول كل عمل أو تصرف من هذه التي حظرها المشرع والإستثناء الوارد علي هذا الحظر.

١ - حظر الوفاء بالديون السابقة علي الحكم:

٦١- حظر المشرع الوفاء بالديون التي نشأت قبل صدور الحكم بإفتتاح الإجراء الجماعي . وهذا المبدأ لا يعتبر جديدا ولكنه كان مقررا في ظل نظام الإفلاس التقليدي . ومع ذلك يري الفقه (١) أن أساس الحظر في القانون الجديد يختلف عنه في القانون القديم ، حيث كان أساس هذا الحظر في القانون القديم هي فكرة المساواة بين الدائنين l'idée d'égalité des créancières فقط ، أما في ظل قانون الإصلاح والتصفية القضائية وبعد أن اختفت جماعة الدائنين ، فقد تغير هذا

---

(١) راجع ، فيليب ديليبك ، إدارة المشروع ، المرجع السابق ، رقم ٤٠ ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٠٩ ، ص ٢٣١.

الأساس ليصبح الاهتمام بإنقاذ المشروع le sousi de sauvegarde de l'entreprise والإستجابة للضرورات العملية التى تتطلب المحافظة وعدم إختفاء الأموال اللازمة لإستمرار نشاط المشروع .

ويشمل الحظر الوفاء بجميع الديون السابقة les dettes antérieures أيا كان أصلها ، سواء كانت متعلقة بنشاط المدين أو غيرمتعلقة به ، وسواء كانت ديون عادية chrographaires أو مضمونه برهن أواختصاص أو ديون ممتازة ، وسواء كانت الديون مستحقة قبل صدور الحكم أو حل ميعاد إستحقاقها بعد ذلك (٢)، طالما كانت نشأة الدين قبل صدور حكم إفتتاح الإجراءات . وبالنسبة للديون التي يرجع أصلها إلي العقد les créances contractuelles فإن العبرة بتاريخ العقد ، ولذلك لا يسري الحظر على الشيك المسحوب قبل صدور حكم إفتتاح الإجراءات إذا قدم للتحصيل à l'encaissement بعد صدور هذا الحكم ، لأن ملكية مقابل وفاء la provision هذا الشيك قد إنتقلت إلى المستفيد منذ إصدار l'émission الشيك ، وما تقديم الشيك للتحصيل إلا تنفيذا ماديا materialisation لنقل ملكية الأموال التي إنتقلت من الناحية القانونية قبل ذلك (٢).

---

(١) راجع ، ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٣٨ ، ص١٠٦٠ ، فيليب ديليبك ، المرجع السابق ، رقم ٤١.

(٢) راجع إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٠٩ ، ص ٢٣١ ، وحكم النقض الصادر فى ١٩٩١/١٢/٣ المشار اليه فى ذات الصفحة .

أما الديون الناشئة عن خطأ تقصيري délictuelle أو شبه تقصيري quai délictuelle فإن العبرة بتاريخ وقوع الخطأ [١].

ويشمل الحظر جميع وسائل الدفع tous les modes de paiement ما عدا المقاصة بين الديون المرتبطة compensation de créances connexes التي أجازها صراحة التعديل الصادر في ١٠ يونية ١٩٩٤ بصرف النظر عن مصدر الدينين [٢] أما المقاصة بين أحد الديون السابقة على الحكم ودين آخر أصبح مستحق الأداء بعد صدور هذا الحكم ، فإنه يسري عليها حظر الوفاء بالديون السابقة ، ومن ثم لا تقع هذه المقاصة بين الدينين ، لأن المشرع إشترط الإرتباط بينهما [٣] .

ولا يشمل الحظر الوفاء بديون العاملين les créances de salaires التي تتمتع بالإمتياز الأعلى super privilège ويجب الوفاء بها خلال عشرة أيام من تاريخ صدور حكم إفتتاح الإجراءات (م٢٩ من القانون ٩٨ لسنة ١٩٨٥) [٤].

---

(١) راجع ، فيليب ديليبك ، إدارة المشروع ، المرجع السابق ، رقم ٤١.

(٢) راجع ، ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٣٧ ، ص ٣٩٠.

(٣) راجع تفصيلا بشأن المقاصة ، ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٣٩ ومابعده ، فيليب ديليبك ، المرجع السابق ، رقم ٤٤.

(٤) راجع ، إف جيون ، المرجع السابق، رقم ١٢٠٩ ، ص ٢٣٢ ، فيليب ديليبك ، المرجع السابق ، رقم ٤٥.

ويقتصر الحظر على الوفاء من المدين ، أما الوفاء للمدين فلا يشمله الحظر ، ومن ثم يكون الوفاء إليه مبرءا للذمة liberatoire ولو تم بعد صدور حكم إفتتاح الإجراءات ، لأن ذلك يدعم مركز المدين ويوفر للمشروع الأموال التى تساعد على استمرار نشاطه وإصلاح حالته المالية .

الاستثناء على حظر الوفاء بالديون السابقة :

٦٢- طبقا للفقرة الثالثة من المادة ٣٣ سالفة الذكر أجاز المشرع للقاضي المنتدب أن يأذن ، سواء للمدين أو للمدير القضائي حسب الأحوال ، بوفاء الديون السابقة على صدور حكم إفتتاح الإجراءات ، في حالتين حددهما المشرع على سبيل الحصر [١] وهما : الأولى : إذا كان الوفاء من أجل إسترداد retirer المال المرهون le gage . والثانية: إذا كان الوفاء من أجل إسترداد الشئ الذي يمارس عليه الغير حق قانوني في الحبس légitimement retenue ، وبشرط أن يكون إسترداد هذا المال ضروريا لاستمرار نشاط المشروع ، ومن ثم لا ينطبق النص على الأشياء التي لاتتعلق بالإستغلال المهني أو الأموال التي فقدت أهميتها بالنسبة للمشروع [٢] .

---

(١) راجع ، ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٤٠.

(٢) راجع ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٢٥ ، ص ٣٠٤.

يتضح من ذلك أن الأساس الذي يقوم عليه هذا الإستثناء لايتعارض مع الهدف المنشود من فترة المراقبة ، بل إنه يدعم هذا الهدف ، حيث يعيد الأموال اللازمة لإستمرار النشاط ، سواء كان الشئ تحت يد دائن مرتهن un créancier gagiste أو دائن عادي chirographaire يستعمل حق الحبس على هذا الشئ ، مثال ذلك الميكانيكي الذي قام بإصلاح إحدى الناقلات قبل صدور الحكم ، فإنه هذا الدائن يستطيع إستعمال حق الحبس على هذه الناقلة حتى يحصل علي الدين (تكلفة الإصلاح) ولما كانت هذه الناقلة تساعد في إستمرار نشاط المشروع فقد أجاز المشرع للقاضي أن يأذن بوفاء هذا الدين وإسترداد الناقلة [1].

ويذهب الفقه إلي ضرورة تفسير هذا الإستثناء تفسيرا ضيقا interprétée strictement، فيما يتعلق بحق الحبس ، حيث لاينطبق إلا على الدائن الذي يمارس حق الحبس ماديا matériel على الشيئ[2]، أما من يمارس حق الحبس الحكمي retention fictif الذي يتقرر للدائن المرتهن لسيارات النقل sur vehicul automobile أو على حقوق للمفلس créances فلا ينطبق عليهم هذا الإستثناء [3].

---

(١) راجع ، إف جيون ، المرجع السابق ، ص ٢٣١ ، فيليب ديليبك ، المرجع السابق ، رقم ٤٧.
(٢) راجع ، ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٤٠.
(٣) راجع ، فيليب ديليبك ، المرجع السابق ، رقم ٤٨ .

ويذهب رأي إلى القول بأنها إذا توافرت الشروط المذكورة يجب على القاضي أن يأذن بوفاء الدين ، ولا يجوز له أن يرفض ذلك بحجة أن هذا الوفاء يستنفد epuiser الأموال المتاحة ، مما يضر بأصحاب الديون اللاحقة على صدور الحكم ، حيث يترتب على هذا الوفاء عدم الوفاء بها في مواعيدها ،لأن المشرع أعطى الأولوية لما يحافظ على إستمرار نشاط المشروع[1] .

٦٣ - الإذن بالوفاء المؤقت le paiement provisionnel بكل أو ببعض ديون الدائنين أصحاب الضمانات بعد الإذن ببيع الأموال المحملة بإمتيازهم الخاص ، سواء كان الضمان في شكل رهن رسمي une hypothèque أو حيازي un nantissement ، طبقا للمادة ٣٤ من القانون ٩٨ لسنة ١٩٨٥ .

٢ - حظر التصرفات التي تتعارض مع الإدارة المعتادة للمشروع :

٦٤ - لما كانت فترة المراقبة لا تهدف إلى تصفية المشروع ولكن تخصص للبحث عن أفضل الوسائل المتاحة لإصلاحه ، فقد كان من المنطقي أن يحظر المشرع ، سواء على المدين أو المدير القضائي ، حسب الأحوال ، القيام بأعمال التصرف les actes de disposition

---

(١) راجع فيليب ، المرجع السابق ، رقم ٤٩.

التي تتعارض مع الإدارة العادية للمشروع ، مثل البيوع ذات الطبيعة الإستثنائية exceptionelles التي ترد على الأصول الثابتة des actifs immobilises والتي لا تدخل في النشاط المعتاد للمشروع كبيع العقارات والتنازل عن المحال التجارية . أما بيع البضائع فيدخل في إطار الإستغلال العادي للمشروع[١]، وهي من الأعمال التي تدخل في إطار سلطات المدين [٢] أو المدير القضائي حسب الأحوال [٣].

ويري الفقه [٤] أن الحظر المذكور لا يقتصر على أعمال التصرف، ولكنه يشمل أيضا أعمال الإدارة طالما أمكن وصفها بأنها غير عادية ولا تتلائم مع مقتضيات فترة المراقبة .

٦٥ - ومع ذلك فقد يقتضي إستمرار نشاط المشروع خلال هذه الفترة القيام ببعض الأعمال والتصرفات التي لا تعتبر من أعمال الإدارة العادية للمشروع ، ولذلك لبى المشرع حكم هذه الضرورة وأجاز لقاضي المنتدب أن يأذن بالقيام بهذه الأعمال (م٣٣ /٢ من القانون سالف الذكر). ويشترط هذا الإذن أيا كان نطاق السلطة المقررة للمدين أو

---

(١) راجع . إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢١٠ ، ص ٢٣٢ ، فيليب ديليبك ، المرجع السابق ، رقم ٥٦.

(٢) راجع ما سبق ، رقم

(٣) راجع ما سبق ، رقم

(٤) راجع ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٣٨.

المدير القضائي في إدارة المشروع خلال فترة المراقبة ، ويجب أن يصدر الإذن محددا بعمل أو أكثر من هذه الأعمال المحظورة . كما يجب أن يكون الإذن مكتوبا ecrite وخاصا speciale بالتصرف المطلوب . ومن ثم لا يجوز للقاضي المنتدب أن يصدر الإذن للمدين أو المدير القضائي في صيغة عامة generale أو غير محددة indeterminee [١]. ويتمتع القاضي المنتدب بسلطة تقديرية في إجابة المدين أو المدير إلى طلب الإذن ، ولكن تتقيد هذه السلطة بمقتضيات فترة المراقبة ، حيث لا يجوز له أن يأذن ببيع المال إلا إذا قدر أن وجوده لا يعود بفائدة على المشروع وأن بيعه يوفر السيولة des liquidites التي تساعد على إصلاح المشروع [٢] ويخفض النفقات العامة les frais generaux[٣] .ومن ثم لا يجوز له الإذن ببيع المال الضروري لإستمرار الإستغلال[٤] . ولذا قيل أن كل تصرف وكل إذن يتعارض مع الغرض من فترة المراقبة يعتبر تجاوزا للسلطة un exces de pouvoir [٥] .

ورغم أن المشرع قد ذكر التصرفات التي لا تعتبر من أعمال

---

(١) راجع ، فيليب ديلبيك ، المرجع السابق رقم ٥١ ، ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٣٩ ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥١٢ ص ٢٩٦.

(٢) راجع فيليب ديلبيك ، المرجع السابق ، رقم ٥٢ ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥١٥ ، ص ٢٩٨ .

(٣) راجع ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢١٠ ، ص ٢٣٣.

(٣) راجع ميشيل جينتان ، المرجع السابق ، رقم ٣٩ ، ص ٣٩١.

(٥) راجع كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥١٥ ، ص ٢٩٩.

الإدارة العادية للمشروع ، والتي أجاز للقاضي المنتدب الإذن للمدين أو المدير القضائي للقيام بها ، إلا أن الفقه [١] يرى أن هذا التعداد ليس على سبيل الحصر ، ومن ثم لا تقتصر سلطة القاضي على الإذن بقبول التحكيم le compromis والصلح la transaction والرهن الرسمي les hypothèques والرهن الحيازي les nantissement وإنما تشمل أعمال وتصرفات أخرى أكثر خطورة مثل أعمال الإدارة التي تدخل في سلطة المدين أو المدير القضائي ، والتي لم يضع لها المشرع نظاما خاصا . ومع ذلك لا يجوز الإذن بإنشاء الرهن إلا لضمان الديون التي تنشأ بعد صدور حكم إفتتاح الإجراءات ، رغم إستفادتها من الإمتيازالمقرر بموجب المادة ٤٠ من القانون سالف الذكر ، أما الديون السابقة على هذا الحكم فلا يمكن الإذن بإنشاء رهن يضمنها لأنه يدخل ضمن حظر القيود des inscriptions بعد صدور الحكم المشار إليه[٢]. وإذا كان المشرع قد ذكر الرهن الرسمي والرهن الحيازي فقط إلا أن النص ينطبق على كافة التأمينات العينية aux sûretés réelles لأنها هي التي من شأنها عرقلة إصلاح المشروع نظرا للعبء الإضافي le charge الذي تفرضه على المدين . أما الضمانات

---

(١) راجع ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥١٢ ، ميشيل جيانتان ، المرجع والمكان السابقين .

(٢) راجع ، فيليب ديليبك ، المرجع السابق ، رقم ٥٤ ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٢٣ .

الشخصية le cautionnement التي يقدمها الغير فلا ينطبق عليها نص المادة ٢/٣٣ سالفة الذكر ، ومن ثم فهي لا تحتاج إلى إذن ممن القاضي المنتدب [١].

ولا يقتصر نطاق تطبيق المادة ٣٣ علي أعمال التصرف المتعلقة بالمشروع ، ولكنها تنطبق علي جميع أموال المدين ، ومن ثم يجب الحصول على إذن من القاضي المنتدب ولو كان التصرف في مال مخصص لنشاط غير مهني non professionnelle [٢].

الجزاء علي مخالفة المادة ٣٣ :

٦٦- بالإضافة إلى العقوبة الجنائية ، الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين والغرامة من عشرة آلاف إلي مائتي ألف فرنك أو بإحدى هاتين العقوبتين ، المقررة بالمادة ٢٠٣ من القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥ . تقرر المادة ٤/٣٣ من القانون سالف الذكر بطلان كل تصرف أو وفاء بدين يتم بالمخالفة للقواعد المقررة في هذه المادة . وأجازت لكل ذي مصلحة de tout interesse أن يطلب الحكم بهذا البطلان . ويجب أن يقدم هذا الطلب خلال ثلاثة سنوات إعتبارا من تاريخ إبرام التصرف أو الوفاء بالدين ، فإذا كان التصرف من التصرفات التى يشترط المشرع شهرها فإن المدة تبدأ من تاريخ شهر هذا التصرف .

---

(١) راجع ، فيليب ديلبيك ، المرجع السابق ، رقم ٥٥.
(٢) راجع فيليب ديلبيك ، المرجع السابق ، رقم ٥٧.

وينطبق هذا الجزاء سواء كان التصرف أو الوفاء قد تم من المدين أو من المدير القضائي ، حسب الأحوال ، ولو كان الطرف الآخر لا يعلم نطاق السلطات المقررة لمن تعامل معه ، لأن حسن النية لا يؤخذ في الإعتبار إلا بالنسبة للتصرفات التي تعتبر من أعمال الإدارة العادية للمشروع [(١)] والتي لا يعتبر منها التصرفات التي حددها المشرع في المادة ٣٣ وهي الوفاء بالديون السابقة على حكم إفتتاح الإجراءات والتصالح والتحكيم وإنشاء الرهن الرسمي والرهن الحيازي .

ولما كان المشرع قد أجاز لكل ذي مصلحة أن يطلب بطلان التصرف ، فإنه يجوز للمسئول عن القيام بهذا التصرف ، سواء كان المدين أو المدير القضائي ،أن يطلب هذا البطلان ، لأنه بطلان مطلق la nullité absolue متعلق بالنظام العام . ولا شك أن ذلك يسمح لمن قام بالتصرف أن يتخلص منه إذا مان تبين أنه لا يحقق المصلحة التي كان ينشدها [(٢)] .

---

(١) راجع ، فيليب ديليبك ، المرجع السابق ، رقم ٧٥.
(٢) راجع فيليب ديليبك ، المرجع والمكان السابقين .

المبحث الثاني

تأجير إستغلال متجر المفلس

المقصود بتأجير الإستغلال واهميته :

٦٧ - تأجير الإستغلال la location - gérance أو الإدارة الحرة للمتجر la gérance libre هو عقد بمقتضاه يقوم تاجر بتأجيره متجره إلي شخص آخر لمدة محددة ليقوم بإستغلاله لحسابه الخاص مقابل دفع الأجرة المتفق عليها .

يتضح من ذلك أن إدارة المتجر في هذه الصورةتختلف عن الإدارة المباشرة ،سواء بالنسبة لمالك المتجر أو القائم بالإدارة ، حيث تنفصل هنا الملكية ، التي تظل للأول ، عن الإستغلال الذي يقوم به المستأجر لحسابه الخاص [١]، ومن ثم فهو الذي يتحمل المسئولية والمخاطر الناشئة عنه ses risques et périls [٢]، مما يكسبه صفة التاجر إذا لم تكن له من قبل .

ورغم أن المستأجر يتمتع بالحرية في إدارة المحل التجاري [٣]

---

(١) راجع د/ سميحة القليوبى ، المرجع السابق ، ص ١٣١.

(٢ راجع ، إف جيون ، المرجع السابق ، ١٢١٦ ، ص ٢٣٧.

(٣) راجع أستاذنا الدكتور مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، الجزء الأول ، طبعة ١٩٨٢ ، رقم ٧١٥.

إلا أن ذلك لا يتعارض مع ما يقرر للمؤجر من حق الرقابة الذي لا يتم بقصد التدخل في إدارة أو إستغلال المتجر ، ولكن بغرض المحافظة على قيمة المتجر ومنع أي تصرف قد يكون من شأنه تخفيض قيمة أي عنصر من عناصره ، وهذا الغرض هو الذي دفع المؤجر إلى تأجير إستغلال المتجر (١) .

ولاشك في أن اللجوء إلى تأجير المتجر كوسيلة لتشغيل تجارة المفلس خلال الفترة التمهيدية يحقق مزايا كثيرة ، قد تجعله مفضلا عن الإدارة المباشرة (٢) . فهو يقلل من المخاطر التي يتعرض لها الدائنين القدامى ، حيث يتحمل المستأجر مخاطر التشغيل ، ومن ثم لا تزيد الديون الجديدة التي تدفع بالأفضلية ، وهي ما تعرف بديون جماعة الدائنين . هذا فضلا عن أن الأجرة التي يدفعها المستأجر تزيد الحصيلة التي توزع علي هؤلاء الدائنين (٣). كما أنه يوفر المقتضيات اللازمة لتشغيل المتجر وذلك من خلال وجود مستغل جديد يثق فيه الموردون ، مما يساعد علي المحافظة على قيمة المتجر ، وبالتالي تزداد فرصة إصلاح حالته مما يشجع الدائنين علي الصلح مع المفلس ، وحتى في

---

(١) راجع د/ سميحة القليوبي ، المرجع السابق ، ص ١٣٢.

(٢) راجع إف جبون ، المرجع والمكان السابقين ، وأيضا :

JEan- Luc HEVAFF , La continuation des contrats dans la Faillite , thèse , Metz , 1983 , p. 141.

(٣) راجع ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ٤٢.

حالة الإتحاد يستفيد الدائنون من بيع المتجر وهو كيان إقتصادي يمارس نشاطه بصورة طبيعية ، مما يزيد ثمنه عن الثمن الذى كان سيباع به لو توقف نشاطه وفقد عملائه ، وهذا يمثل فائدة للمفلس أيضا[١].

كما أن وجود هذه الوسيلة البديلة للإدارة المباشرة في تشغيل تجارة المفلس قد يشجع أمين التفليسة على طلب التشغيل دون الخوف من المسئولية التي يمكن أن يتعرض لها في حالة الإدارة المباشرة . وقد شجع ذلك في فرنسا منذ عهد بعيد على تأسيس شركات متخصصة في إدارة les sociétés de gérance تجارة المفلس ، وخاصة إذا كان نشاطه من الحجم الكبير سواء كان شخصا طبيعيا أو إعتباريا . وكان لوجود هذه الشركات في فرنسا أثر كبير في المحافظة على قيمة متجر المفلس وهذه عن طريق مزاولتها أنشطة كان يمتنع عنها السنديك خوفا من المسئولية[٢].

أما عيوب تأجير إستغلال المتجر خلال هذه الفترة [٣] فتتمثل في عدم دفع المستأجر للأجرة المتفق عليها أو إساءة إدارة المتجر بما يؤدي إلى إنصراف العملاء عنه ويقلل من قيمته . هذا بالإضافة إلى إحتمال

(١) راجع د/ سميحة القليوبى ، المرجع السابق ، ص ١٣٥.
(٢) راجع ، ريجو موليو ، المرجع السابق ، ص ٨٢ ومابعدها .
(٣) راجع إف جيون ، المرجع والمكان السابقين .

قيام المفلس بتسخير أشخاص تابعين له للتقدم لإستئجار المتجر ، وبذلك يظل تحت يده من الناحية الواقعية ، مما قد يهدد مصلحة الدائنين . كما أن نظام الإدارة الحرة قد يثير من اللبس لدى المتعاملين مع المتجر ، وبالتالي يقعون في غلط في صفة المستأجر ، فيعتقدون أنه هو مالك المتجر ، ومن ثم يمنحوه إئتمانا على غير الحقيقة ، حيث تقتصر ملكيته علي البضائع فقط دون باقي العناصرالأخري للمحل التي تظل علي ملك المؤجر ، وقد يقوم الإعتقاد لديهم بأن المستأجر مجرد أحد تابعي المالك ، ومن ثم يعتمدون على إئتمان هذا الأخير ، وفي الحالتين يتعرض الدائنون للخطر نتيجة هذا الإعتقاد الخاطئ [١].

ومع ذلك فإنه يمكن التغلب علي هذه العيوب والمخاطر عن طريق إلزام المستأجر بتقديم الضمانات الكافية لمواجهة المخاطر الناشئة عن هذا النشاط ، ووضع الشروط اللازمة لمنع المضاربة على تأجير المتاجر، بالإضافة إلى وضع نظام محكم لشهر إيجار المحل التجاري يكفل العلانية التي تمكن الغير من العلم بحقيقة مركز المستأجر . وأخيرا قيام أمين التفليسة بالرقابة والإشراف على تنفيذ المستأجر لشروط الإيجار ، لكي يمكن وقف أي سوء في الإدارة يكون من شأنه إضعاف قيمة المتجر .

---

(١) راجع ، د/ سميحة القليوبي ، المرجع السابق ، ص ١٣٧.

وسنتناول تأجير متجر المفلس في القانون المصري ثم في القانون الفرنسي ، لكي نقف على القواعد التي تساعد علي زيادة إيجابيات تأجير متجر المفلس خلال الفترة التمهيدية وتفادي العيوب والمضار التي يمكن أن تنشأ عنه .

المطلب الأول

تأجير متجر المفلس في القانون المصرى

٦٨ - جواز تأجير المتجر :

رغم عدم وجود تنظيم تشريعي لإيجار إستغلال المتجر عموما ، وعدم النص صراحة في المادة ٦٤٥ من قانـون التجارة الجديد على جواز تأجير متجر المفلس كوسيلة للإستمرار في تشغيله خلال الفترة التمهيدية ، إلا أن الرأي قد إستقر علي جواز إيجار المحل التجاري le fonds de commerce، سواء كان متجرا أو ومصنعا ، وذلك بإعتباره مجموعا من الأموال universalités. وأطلق على هـذا الإيجار عقد الإدارة الحرة contrat de gérance libre أو االإدارة التأجيرية de gérance - location تمييزا له عن عقد الإدارة contrat de gérance [1] .

(١) راجع د/ عبدالرازق السنهوري ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، جـ ٦ ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٨ ، ص ١٨٢ ، هامش (١) ، د/ سميحة القليوبى ، المرجع السابق ، ص ١٥٥.

وقد أجاز الفقه [١] تأجيرالمتجر كوسيلة لإستمرار في تشغيل يجارة المفلس خلال الفترة التمهيدية ، وذلك على أساس مانصت عليه المادة ٢٦٢ من قانون التجارة الملغي التي كانت تجيز لوكلاء الدائنين الإستمرار على تشغيل محل التجارة بأنفسهم أو بواسطة شخص آخر يقبله مأمور التفليسة ، وهو ما قررته أيضاً المادة ٦٤٥ من قانون التجارة الجديد [٢]. وقد جرى العمل على أن يتخذ وكلاء الدائنين إيجار المحل التجاري كوسيلة للإستمرار في تشغيل تجارة المفلس إذا قدروا أن ذلك يحقق مصلحة جماعة الدائنين [٣].

ولما كان المشرع لم يضع تنظيما خاصا لعقد إيجار المحل التجاري ، على غرار ما فعله في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنا ، فقد إستقر الرأي [٤]على خضوع هذا العقد للقواعد العامة التي تنظم عقد الإيجار في القانون المدني ، بإعتبار ها قواعد تنطبق على إيجار الأموال المادية والمعنوية على حد

---

(١) راجع د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٤٦١ ، ص ٦٦٧ ، د/ حسنى المصرى ، المرجع السابق ، رقم ٣٤٥ ، ص ٤٢٦ ، د/ على يونس ، المحل التجارى ، رقم ٢٣٢ ، ص ٣٢٣ ، ومؤلفه فى الافلاس ، السابق الاشارة إليه ، رقم ٣٠٠، ص ٣٩٥ ، د/ أحمد محرز ، المرجع السابق ، رقم ١٨٦، ص ٤٤٥ ، د/ محمد بهجت قايد ، المرجع السابق ، رقم ٤٣٩.

(٢) راجع د/ سميحة القليوبى ، المرجع السابق ، ص ١٣٤ .

(٣) راجع حكم النقض المصرى الطعن رقم ٩٨٩ لسنة ٤٤ القضائية ، جلسة ٢٥/١٠/١٩٧٨ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٢٩ ، ص ١٦٢١ .

(٤) راجع د/ سميحة القليوبى ، المرجع السابق ، ص ١٥٥-١٥٦ ، د/ على يونس ، المحل التجارى ، رقم ٢٣٤ ، ص ٣٢٣ - ٣٢٤ .

سواء وقد منحت المادة الثانية من قانون التجارة الجديد هذه الصفة الإحتياطية لأحكام القانون المدني ، حيث تنطبق على المواد التجارية إذا لم يوجد إتفاق بين المتعاقدين ، ولا نص في قانون التجارة أو القوانين المتعلقة بالمواد التجارية ، ولا في قواعد العرف التجاري أوالعادات التجارية .

ولكن نظرا للطبيعة الخاصة للمحل التجاري بإعتباره منقولا معنويا ، فإنه يجب تطبيق هذه القواعد العامة بما لا يتعرض مع طبيعة الحل التجاري ويراعي مقتضيات عقد إيجاره ، بصفته من العقود التي تقوم على الإعتبار الشخصي .

القواعد الخاصة بعقد تأجير متجر المفلس :

٦٩ - يبرم أمين التفليسة عقد إيجار متجر المفلس بعد الحصول إذن من القاضي التفليسة ، حيث يقدم إليه إقتراحا بإيجار المتجر متضمنا : إسم المستأجر ومدة الإيجار والأجرة والضمانات التي تكفل تنفيذ المستأجر لإلتزاماته ، فإذا تحقق اللقاضي من جدية الإقتراح وملائمته ، فإنه يأذن له بإبرام العقد بصفته نائبا قانونيا عن المفلس في إدارة أمواله .

أما عن الأهلية القانونية للمستأجر [١] فقد ذهب الفقه إلى عدم

---

(١) وقد اختلف الفقه فى هذا الشأن بسبب الاختلاف حول طبيعة عقد الايجار عموما ومدى اعتباره من أعمال التصرف أو من أعمال الادارة . وذهب الرأى الراجح إلى القول بأن الأمر ==

إعتبار إيجار المحل التجاري من أعمال الإدارة وإنما من أعمال التصرف[١]. وذلك نظرا للآثار القانونية التي تترتب عليه بالنسبة للمستأجر الذي سيكتسب صفة التاجر نتيجة إحتراف القيام بالأعمال التجارية في المتجر . ولذلك يجب أن تتوافر في المستأجر الأهلية اللازمة لمزوالة التجارة ، بأن يكون قد بلغ إحدي وعشرين سنة ، دون أن يصيبه عارض من عوارض الأهلية سواء كان الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة .

أما القاصر الذي بلغ الثامنة عشرة من العمر وأذنت له المحكمة في ممارسة التجارة فإنه يكون أهلاً لإستئجار المحل التجاري في حدود الإذن الصادر له . أما من لم يبلغ هذه السن أو لغها ولم يحصل على الإذن بالتجارة فلا يجوز له أن يستأجر المحل التجاري .

وتحدد في العقد مدة الإيجار سواء تحددت بوقت معين كعدة أشهر أو نص على إنتهاء العقد بإنتهاء حالة الإفلاس سواء بالصلح أو بالإتحاد . كما يتضمن العقد الأجرة التي يلتزم المستأجر بدفعها ، وقد

== يتوقف على الغرض من الايجار وأثره على الذمة المالية ، فإذا كان مجرد إدارة مألوفة للمال ولا يستقطع جزء من الذمة المالية ، فهو من أعمال الإدارة . أما إذا كان الايجار عملاً مستقلاً عن مجرد الادارة المألوفة وقد قصد به رأسا استغلال المال بقصد المضاربة ، فهو من أعمال التصرف ، راجع تفصيلا . د/ السنهوري ، المرجع السابق ، رقم ٨٧.

(١) راجع د/ سميحة القليوبي ، المرجع السابق ، ص ١٨٨ ، د/ علي يونس ، المحل التجاري ، رقم ٢٣٦ . ص ٣٢٥.

يكون مبلغا محددا أو بنسبة من حجم أعمال المتجر أو بهما معا.

ولا يشترط أن يكون المستأجر شخصا طبيعيا وإنما يستوي أن يكون شخصا طبيعيا أو شخصا إعتباريا ، كأن تكون إحدي الشركات المتخصصة في إدارة المشروعات المتعثرة .

ونظرا لأهمية وخطورة الدور الذي يقوم به مستأجر متجر المفلس ، فإنه يجب علي المحكمة عدم الإذن لأمين التفليسة بإبرام عقد الإيجار إلا إذا قدم المستأجر الضمانات الكافية des garanties suffisantes لحماية حقوق الدائنين في التفليسة وحقوق الغير الذين سيتعامل معهم المستأجر ، ومن ثم يعتبر يسار solvabilité المستأجر عنطرا أساسيا لحماية هؤلاء . وإذا كان المشرع لم يشترط في المستأجر شروطا محددة كما فعل المشرع الفرنسي [1]، فإن ينبغي علي القاضى أن يتحقق من أنه تتوافر لدى المستأجر الخبرة والكفاءة la compétence اللازمة لتحمل المسئولية عن إدارة المشروعات المتعثرة ، وذلك حتى يحافظ علي عناصر المحل التجاري ، وخاصة الإتصال بالعملاء .

كما يجب علي قاضى التفليسة أن يحقق من إستقلال المستأجر عن المفلس l'indépendance حتى لا يستخدم تأجير

(١) راجع ما سيلى ص ١٧٢ ومابعدها .

الحل التجاري كوسيلة لإستمرار سيطرةالمفلس على المشروع عن طريق تسخير أحد تابعيه لإستئجار المحل مما قد يضر بمصلحة الدائنين (١) . ومع ذلك فلا مانع من أن يستعين المستأجر بالمفلس للعمل في المحل، وفي هذه الحالة لا يشترط الحصول على إذن من قاضي التفليسة ، لأن تشغيل المتجر يتم لحساب المستأجر ، وبالتالي لاخوف من وقوع الغير في غلط بشأن صفة المفلس لأن المشرع إشترط إشهار عقد إيجار المحل التجاري .

الشروط الشكلية لعقد تأجير متجر المفلس .

٧٠- إستقر رأي قبل صدور قانون التجارة الجديدة على إعتبار تأجير المحل التجاري من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول بين طرفيه دون حاجة إلي إتخاذ أي إجراء شكلي .كما أنه يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات بإعتباره من الإعمال التجارية (٢) .

أما بعد صدور قانون التجارة الجديد فقد تغيرالرأي وأصبح عقد تأجير إستغلال المتجر من العقود الشكلية (٣) . حيث نصت المادة (١/٣٧) على أن كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر أو

---

(١) راجع . ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٥٥.
(٢) راجع ، د/ على يونس ، المحل التجارى ، رقم ٢٣٦ ، ص ٣٢٥.
(٣) راجع ، د/ سميحة القليوبى ، المرجع السابق ، ص ١٧٤.

إنشاء حق عيني عليه أو تأجير إستغلاله يجب أو يكون مكتوبا وإلا كان باطلا " . وبذلك أصبحت الكتابة ركنا لإنعقاد عقد تأجير إستغلال المحل التجاري وليست مجرد شرطا لإثباته ، ومن ثم يترتب على تخلف الكتابة بطلان العقد . ومع ذلك لم يشترط المشرع أن تتخذ الكتابة شكلا معينا ، ومن ثم يجوز أن تكون كتابةالعقد رسمية أو عرفية . وعلى ذلك لا يخضع إثبات عقد تأجير إستغلال المتجر لقاعدة الإثبات الحر في المواد التجارية ، ومن ثم لا يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات ، سواء كان العقد تجاريا بالنسبة لطرفيه أو كان ذو طبيعة مختلطة . وكذلك تعتبر الكتابة شرط لإثبات العقد سواء بين طرفيه أو في مواجهة الغير [1]. ويعتبر إشتراط المشرع كتابة عقد تأجير إستغلال المتجر أمر ضروري للقيام بإجراءات شهر هذا العقد التي نظمها قانون التجارة الجديد .

٧١ - نظم المشرع شهر عقد تأجير إستغلال المتجر في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٣٧ من قانون التجارة الجديد ، حيث يتم الشهر بإتخاذ الإجرائين الآتيين :

١- *القيد في السجل الخاص .*

٧٢- أوجب المشرع (م ٣٧ / ٢) قيد التصرف في المتجر وعقد

(١) راجع د/ سميحة القليوبي ، المرجع السابق ، ص ١٧٩.

تأجير إستغلاله في سجل خاص يصدر بتنظيمه قرار من الوزير المختص. ويحفظ سجل قيد عقود تأجير إستغلال المحل التجاري بمكتب السجل التجاري الذي يقع في دائرته المحل . ورغم أنه لم يصدر حتي الآن قرار وزير التموين بشأن تنظيم هذا السجل وتحديد البيانات التي تقيد فيه ، إلا أنه من الضروري أن يقيد في هذا السجل كافة البيانات التي تتعلق بعقد تأجير إستغلال المتجر والتي يهم الغير العلم بها مثل : بيانات المؤجر والمستأجر والمكان الذي يوجد فيه المتجر ونوع النشاط الذي يمارسه ومدة عقد الإيجار والشروط التي تم عليها . حيث تودع صورة من العقد [١]، لكي يعلم الغير بالظروف والشروط المحيطة بإيجار المتجر.

٢- القيد في السجل التجاري:

٧٣- إشترط المشرع أيضا (م ٣٧ /٣ تجارى جديد) شهر عقد تأجير إستغلال المتجر بالقيد في السجل التجاري . وأوجب أن يشتمل هذا الشهر على البيانات الآتية : أسماء المتعاقدين وعناوينهم وجنسياتهم وتاريخ إبرام العقد . بالإضافة إلى نشاط المتجر وعنوانه والعناصر التي إتفق على أن يشملها العقد ، وكذلك قيمة الأجرة المتفق عليها وكيفية سدادها .وهذا فضلا عن الإتفاقات المتعلقة بالعقود والتعهدات المتصلة بالمتجر .

(١) راجع د/ سميحة القليوبي ، المرجع السابق ، ص ١٩٩.

وتعتبر هذه البيانات هي الحد الأدني لما يجب قيده لشهر عقد تأجير إستغلال المتجر . ومع ذلك ينبغي أن يتضمن الشهر جميع البيانات التي توضح المركز القانوني لأطراف العقد [١]حتى يكون الغير علي علم عند التعامل مع المستأجر .

٧٤ - وإذا كان المشرع لم ينص صراحة على الأثر القانوني الذي يترتب علي عدم شهر عقد تأجير إستغلال المتجر ، سواء في السجل الخاص أو فى السجل التجاري ،إلا أنه نص في المادة (٣٨ / ١ تجاري جديد) علي عدم إنتقال ملكية المتجر فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلي الغير إلا من تاريخ قيد التصرف في السجل الخاص بذلك ونشر ملخصه في صحيفة السجل التجاري . ويعني ذلك أن المشرع لا يقرر بطلان التصرف الذي لم يقيد في السجل الخاص ولم ينشر ملخصه في صحيفة السجل التجاري وإنما يظل التصرف صحيحا ولكنه غير نافذ بين المتعاقدين ولا يحتج به بالنسبة إلى الغير . ورغم أن النص لم يذكر سوي إنتقال ملكية المتجر إلا أن الحكم يجب أن يسري على عقد تأجير إستغلال المتجر أيضا ، لأن المشرع أوجب (م ٣٧ /٢ تجاري جديد) قيد هذين التصرفين ،بما يعني المساواة بينهما فيما يتعلق بالجزاء المقرر علي عدم إتخاذ إجراءات الشهر ، وعلى ذلك لا يحتج بعقد تأجير

(١) راجع د/ سميحة القليوبي ، المرجع السابق ، ص ٢٠٠.

استغلال المتجر على الغير ولا يرتب أثره بين الطرفين إلا من تاريخ قيده في السجل الخاص ونشر ملخصه في صحيفة السجل التجاري . ومن ثم يظل المؤجر مسئولا عن الديون الناشئة عن إستغلال المتجر حتى بعد تأجير إستغلاله ، وذلك حماية للغير حسن النية الذي لا يعلم بحقيقة المركز القانوني للمستأجر ، وأساس ذلك هو حماية الوضع الظاهر . ويسري هذا الحكم أيضا إذا كان القيد غامضا ولا يتضمن البيانات الواجب قيدها لوضيح مركز المستأجر مما ترتب عليه وقوع الغير في اللبس والإعتقاد بأن المستأجر مجرد تابع أو مدير مأجور يعمل لحساب المؤجر [١] .

ويذهب البعض [٢] إلى القول بإن عدم قيام المؤجر بالإجراءات اللازمة لإعلام الغير بمركز المستأجر يعتبر خطأ من جانب المؤجر يستتبع مسئوليته الشخصية عن تعويض الضرر الذي يلحق الغير تطبيقا لأحكام المسئولية التقصيرية .

ويبدو أن الرأي الأول أكثر حماية للدائنين الذين نشأت ديونهم من إستغلال المتجر ، لأنه يلزم المؤجر بالديون بإعتباره مدينا على أساس

---

(١) راجع د/ سميحة القليوبى ، المرجع السابق ، ص ٢٠٦ - ٢٠٨ .

(٢)راجع د/ مصطفى طه ، المرجع السابق ، رقم ٧١٨ ، د/ على يونس ، المحل التجارى ، رقم ٢٤١.

الوضع الظاهر ، أما الرأي الثاني فيلزمه بالتعويض على أساس الخطأ التقصيري وهو ما يقتضي من الدائنين إثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية وهو ما قد لا يتيسر لهم فى كثير من الحالات .

ولذلك يجب على أمين التفليسة أن يقوم بشهر عقد تأجير إستغلال المتجر في أقرب وقت ، حتي يرتب العقد آثاره بين المتعاقدين وبالنسبة إلي الغير ، وذلك ما لم يتفق على قيام المستأجر بهذا الإجراء.

أثر شرط حظر الإيجار من الباطن :

٧٥- إذا كان مالك المحل التجاري (المفلس) مستأجرا للعقار الذي يمارس فيه تجارته ، وتضمن عقد الإيجار الذي يربطه بمالك العقار شرطا يمنعه من التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن ، فإنه يثور التساؤل عما إذا كان هذا الشرط يسري على حالة تأجير إستغلال المحل التجاري ، وبالتالي يمنع التاجر من تأجير المتجرما لم يحصل علي موافقة مؤجر العقار ، أم أنه يجوز للتاجر تأجير المتجر رغم وجود هذا الشرط إذا إضطرته الظروف إلى ذلك ؟

تقتضي الإجابة على هذا التساؤل بداية تحديد طبيعة تأجير إستغلال المتجر ، هل هو تأجير من الباطن للعقار الذي يوجد فيه المتجر، أم أنه تأجير لإستغلال المتجر بإعتباره مجموعة من العناصر المادية والمعنوية التى يفقد كل منها طبيعته الذاتية ليتكون المتجر كمنقول معنوي ؟ وفي هذا الشأن يذهب الرأي الراجح إلى القول بأن

تأجير إستغلال المتجر هو إيجار لمنقول معنوي وليس إيجارا للعقار الذي يوجد فيه المتجر[١]. ويذهب البعض إلى إعتباره بمثابة تأجير للعقار من الباطن [٢].

أما بخصوص البحث في أثر شرط المنع من التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن ، فقد إختلف الرأي ، فمن يعتبر إيجار إستغلال المتجر بمثابة تأجير من الباطن للعقار الذي يمارس فيه التاجر نشاطه ، ويري أن الأصل هو عدم جواز تأجير إستغلال المتجر إلى الغير إلا إذا توافرت الشروط المقررة في المادة ٥٩٤ /٢ من القانون المدني[٣]، التي تشترط : وجود ضرورة تقتضي تأجير المتجر ، وأن يقدم مستأجر المتجر ضمانا كافيا ، وألا يلحق بمؤجر العقار ضرر محقق . فإذا توافرت هذه الشروط ، جاز للمحكمة أن تقضي بإبقاء إيجار المتجر رغم وجود الشرط الذي يمنع التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن[٤] .

وذهب رأي آخر إلى عدم جواز تأجير إستغلال المتجر طالما

---

(١) راجع تفصيلا بشأن طبيعة ايجار استغلال المتجر ، د/ سميحة القليوبي المرجع السابق ، ص ١٣٨ ومابعدها ،، د/ السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١٨٢ . هامش (١) ، د/ مصطفى طه ، المرجع السابق ، رقم ٧١٥ .

(٢) د/ على يونس ، المحل التجاري ، رقم ٢٣٧ ، ص ٣٢٦ .

(٣) ومن الجدير بالذكر أن المادة (٤/٦٢٤) من قانون التجارة الجديد تجيز لأمين التفليسة بعد الحصول على إذن من قاضي التفليسة أن يؤجر العقار من الباطن أو التنازل عن الايجار وفقا للأحكام المنظمة للعلاقة بين المالك والمستأجر ، ولو كان المفلس ممنوعا من ذلك بمقتضى عقد الإيجار بشرط ألايترتب على ذلك ضرر للمؤجر .

(٤) د/ على يونس ، المحل التجاري ، ص ٣٢٧ .

تضمن عقد إيجار المكان شرطا مانعا للإيجار من الباطن ، لأن المادة ٢/٥٩٤ من القانون المدني تقرر حكما إستثنائيا ، يجب تفسيره تفسيراً ضيقا كما لا يجوز القياس عليه ، ولما كان الحكم الذي تقرره هذه المادة خاصا ببيع الجدك (المتجر أو المصنع) فيجب قصر تطبيقها علي هذا التصرف فقط ولا يمتد حكمها إلى حالة تأجير الجدك . بإعتبار أن المستأجر الأصلي في حالة بيع الجدك مضطر إلى قطع صلته بالمتجر الذي أنشأه في العين المؤجرة مما يقتضي تسهيل البيع وتشجيع المشتري والسماح له بالإستفادة بباقي مدة الإيجار الذي كان لصالح المستأجر الأصلي ، وهذه الحكمة غير متوافرة في حالة المستأجر الذي يظل محتفظا بالجدك الذي أنشأه ويكتفي فقط بتأجيره إلى الغير، ومن ثم إذا كانت ظروفه تحول دون إستمراره في إستغلال الجدك بنفسه فلا مفر من الحصول على رضاء مؤجر العقار بهذا الإيجار من الباطن وإلا كان ذلك سببا يبرر طلب فسخ عقد إيجار المكان لمخالفة شرط منع التأجير من الباطن [١]. وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأي[٢] حيث أيدت حكم محكمة الإستئناف بفسخ عقد إيجار صيدلية لتأجيرها من الباطن رغم وجود شرط فى عقد ايجار العقار الذى توجد فيه يمنع الايجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار ، وقررت أن نص المادة ٢/٥٩٤ من القانون المدني يعتبر إستثناء يقتصر مجال إعماله

---

(١) راجع د/ سليمان مرقص ، شرح قانون ايجار الأمكان ، الطبعة الثامنة ١٩٨٣ ، الجزء الثانى ، رقم ٢٠٣ ، ص ٢٢٩ - ٢٣١.

(٢) راجع حكمها بتاريخ ١٩٨٧/١١/١٥ ، الطعن رقم ١٠٤٢ لسنة ٤٤ ق.

على الحالة التي تقوم فيها لدي المستأجر ضرورة تفرض عليه بيع المصنع أو المتجر الذي أنشأه في العقار المؤجر إليه مع قيام الشرط المانع من التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار ، وذلك بهدف تسهيل البيع الإضطراري للمحل ، الأمر المنتفي في حالة إحتفاظ المستأجر بالمحل وإستغلاله بطريقة تأجيره إلى الغير ، وإذا كان الاستثناء لا يجوز التوسع فيه ، فإنه لا وجه لإعمال حكم المادة ٢/٥٩٤ آنفة الذكر على حالة تأجير المحل من الباطن . كما قضت [١] بأن تأجير المحل التجاري يختلف عن بيعه الذي تجيز المادة ٢/٥٩٤ من القانون المدني - في حالة حصوله وفقا للشروط المبينة بها - إبقاء الإيجار لصالح مشتري المتجر ، وذلك أن حكم هذا النص إنما هو إستثناء من الأصل العام ، ويقتصر مجال إعماله على الحالة التي تقوم فيها لدى المستأجر ضرورة تفرض عليه بيع المتجر الذي أنشأه في العقار المؤجر إليه رغم قيام الشرط المانع من التأجير من الباطن أوالتنازل عن الإيجار ، وذلك بهدف تيسير البيع الإضطراري للمحل ، الأمر المنتفي في حالة إحتفاظ المستأجر بالمحل وإستغلاله بطريقة تأجيره إلي الغير ، وإذا كان الإستثناء لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه فأنه لا يكون هناك وجه لإعمال المدة ٢/٥٩٤ سالفة الذكرعلي

---

(١) راجع ، الطعن رقم ٢٠٤٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/٤/٨ ، الطعن رقم ١٥١٨ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٠ ، الطعن رقم ٢٠٤٣ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٩/٤/٣.

حالة تأجير المحل من الباطن . وقد طبقت محكمة النقض ذات الحكم في حالة إفلاس المستأجر حيث قررت أن الإفلاس بمجرده لا يعتبر سببيا لفسخ عقد الإيجار ، إلا أنه إذا كان المفلس هو المستأجر ، ولم يكن له حق التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار ، فإن الإذن الذي يصدره مأمور التفليسة ليمكن وكيل الدائنين من الإستمرار في الإتجار ليس من شأنه أن يرتب إنقاص حقوق المؤجر ولايحول دون الأخير والمطالبة بفسخ عقد الإيجار الأصلي تطبيقا للقواعد العامة أو إستنادا إلي شروط العقد ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد عول على موافقة مأمور التفليسة على شروط وأوضاع العقد المبرم بين وكيل الدائنين وباقي المطعون عليهم وإعتبره بهذه المثابة تصرفا قانونيا ، رغم أن هذه الموافقة لا تجدي في التكييف القانوني للعقد ، كما أن قرارات مأمور التفليسة ليست حجة على المؤجر في علاقته مع المفلس طالما إنطوي عقد الإيجار الأصلي المبرم بينه وبين المفلس على حظر إحلال آخر محل المستأجر أو توكيل غيره أو تأجير العين من الباطن أو نزوله عنها كليا أو جزئيا ، فإنه يكون قد خالف القانون [١] .

ويذهب رأي ثالث [٢] إلى عكس الرأي السابق حيث يعتبر عقد

---

(١) راجع حكمها فى الطعن رقم ٩٨٩ لسنة ٤٤ ق ، جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٥ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٢٩ ، ص ١٦٢١ .

(٢) راجع تفصيلا د/ سميحة القليوبى ، المرجع السابق ، ص ٢٥١ ومابعدها ، د/ مصطفى طه ، المرجع السابق ، رقم ٧١٥.

تأجير إستغلال المتجرعقد إيجار وارد على منقول معنوي وليس إيجارا للعقار الذي يوجد فيه المتجر ، ومن ثم لا يعد هذا الإيجار بمثابة تنازل عن ايجار هذا العقار أوتأجير له من الباطن ، ومع ذلك يري أنصار هذا الرأي أنه إذا وجد شرط يمنع التاجر من التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن فإن ذلك لا يمنعه من الإستفادة من الحق تالمقرر في المادة ٢/٥٩٤ من القانون المدين سالفة الذكر ، ومن ثم يجوز له تأجير إستغلال المتجر . ويستندون في ذلك إلى القياس من باب أولى على جواز بيع المتجر المقرر بالمادة ٢/٥٩٤ سالفة الذكر ، وهو تصرف يخرج المتجر من ملك صاحبه وينقل إلى المستأجر عقد إيجار المكان ضمن عناصر المتجر ، ومن ثم يجوز لمالك المتجر أن يؤجره إلى الغير ، وهو تصرف أقل نطاقا لأنه لا يخرج المتجر من ملك صاحبه هذا بالإضافة إلي توافر الحكمة التي تقرر من أجلها حكم المادة ٢/٥٩٤ شالفة الذكر ، وهي الحفاظ والإبقاء على الرواج المالي والتجاري في البلاد ، لأن الضرورة التي تسمح ببيع المتجر هي الضرورة التي تضطر التاجر إلي تأجير متجره .

ويبدو الرأي الأخير أجدر بالتأييد ، لأنه ينتهي إلى نتيجة تتفق مع طبيعة المتجر وعقد تأجير استغلاله . كما أنه يوفر وسيلة لإستمرار تجارة المفلس التي يأذن بها قاضي التفليسة تحقيقا للمصلحة العامة أو

مصلحة المفلس أو مصلحة الدائنين . أما القول بإعتبار تأجير الإستغلال بمثابـة تنازل عن الإيجار فإنه يتعارض مع طبيعة العقد وآثاره التي ليس من بينها التنازل للمستأجر عن الإيجار بما يترتب عليه إنشاء علاقة مباشرة بين مالك العقار الذي يوجد فيه المتجر والمتنازل إليه . فضلا عن أنه يؤدي إلى تناقض آخر مع المادة ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ التي تقرر للمالك الحق في الحصول علي ٥٠٪ من ثمن البيع أو مقابل التنازل حسب الأحوال ، وبعد خصم قيمة المنقولات التي بالعين ، وذلك في الحالات التي يجوز فيها بيع المتجر أو المصنع أو التنازل عن حق الإنتفاع بالوحدة السكنية أو المؤجرة لغير أغراض السكني . ووجه التناقض الذي يستحيل معه تطبيق النص في حالة تأجير إستغلال المتجر أنه يجوز للمؤجر أن يدفع للمستأجر ٥٠٪ من الثمن أو مقابل التنازل بالإضافة إلى قيمة المنقولات ، وبذلك يحل محل المتنازل إليه أو المشتري ، وهو ما لا يتصور تطبيقه في حالة إيجار الإستغلال لأنه عقد يقوم علي الإعتبار الشخصي (١) .

٧٦- وإذا كان تأجير إستغلال المحل التجاري ، مع وجود الشرط المانع من التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار ، يثير خلافا على هذا النحو في الأحوال العادية بإعتبار أن جوازه يأتي عن طريق القياس

---

(١) راجع د/ سميحة القليوبي ، المرجع السابق ، ص ٢٦٥.

على جواز بيع المتجر بمقتضى المادة ٢/٥٩٤ من القانون المدني ، فإن جواز تأجير إستغلال المحل التجاري في حالة إفلاس التاجر لم يعد محل شك بعد صدور قانون التجارة الجديد الذي أجاز في المادة ٤/٦٢٤ لأمين التفليسة بعد الحصول على إذن من قاضي التفليسة تأجير العقار من الباطن أو التنازل عن الإيجار وفقا للأحكام المنظمة للعلاقة بين المالك والمستأجر ، ولو كان المفلس ممنوعا من ذلك بمقتضي عقد الإيجار ، بشرط ألا يترتب على ذلك ضرر للمؤجر . هذا بالإضافة إلى إلغاء الحكم الذي كان مقررا فى المادة ٢٢٢ من قانون التجارة الملغي التي كانت تنظم أثر الإفلاس على عقد إيجار العقار الذي يمارس فيه التاجر نشاطه ، حيث تقرر أن أجرة الأماكن التي تستحق إلى إنقضاء مدة الإيجار لاتصير مستحقه الطلب حالا بناء على صدور حكم بإشهار الإفلاس متي كان مرخصا للمفلس أن يؤجر من باطنه أو أن يتنازل عن إيجاره لغيره ، فإن لم يكن للمفلس الإيجار من الباطن ولا حق التنازل عن الإيجار للغير تحكم المحكمة بفسخ الإيجار وتعين الوقت الذي يبتدئ فيه الفسخ المذكور ، وتقدر التعويض أيضا ، وتكون المفروشات ونحوها بالأماكن المستأجرة ضامنة للأجرة والتعويض [١]. ولا شك أن

---

(١) وفى ظل هذا النص قضت محكمة النقض بأن الإفلاس بمجرده لا يعتبر سببا لفسخ عقد الايجار ، إلا أنه إذا كان المفلس هو المستأجر ، ولم يكن له حق التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار ، فإن الاذن الذى يصدره مأمور التفليسة ليمكن وكيل الدائنين من الاستمرار في الاتجار ليس من شأنه أن يرتب انتقاص من حقوق المؤجر ولا يحول دون الأخير والمطالبة بفسخ العقد الأصلى تطبيقا للقواعد العامة أو استناداً إلى شروط العقد ، ===

ذلك يساعد على مواجهة الأضرار التي تنشأ عن إنهيار متجر المفلس نتيجة التوقف المفاجئ لنشاطه .

دور أمين التفليسة في تنفيذ عقد إيجار المتجر :

٧٧- يلتزم أمين التفليسة بصفته ممثلا لجماعة الدائنين ونائبا عن المفلس في إدارة أمواله ،بأن يسلم إلي المستأجر المتجر محل الإيجار ، وذلك بما تقتضيه طبيعته كمنقول معنوي ، حيث لا يقتصر الأمر على تسليم المكان الذي يوجد فيه المتجر وإنما يرد التسليم العناصر التي يشملها الإيجار كما هي محددة في العقد ووفقا لما جري عليه العرف والعادات التجارية ، وذلك بما يتلائم مع طبيعة كل عنصر من هذه العناصر (١) .

أما المستأجر فيلتزم بدفع الأجرة المتفق عليها مقابل إستغلال المتجر . ونظرا للطبيعة الخاصة بالمتجر ، حيث لا يحتفظ بقيمته إلا

== ولما كان الحكم المطعون فيه قد عول على موافقة مأمور التفليسة على شروط وأوضاع العقد المبرم بين وكيل الداينين وباقى المطعون عليهم واعتبره بهذه المثابة تصرفا قانونيا ، رغم أن هذه الموافقة لا تجدى فى تحديد التكييف القانونى للعقد ، كما أن قرارات مأمور التفليسة ليس حجة على المؤجر فى علاقته مع المفلس طالما إنطوى عقد الايجار الأصلى المبرم بينه وبين المفلس فى البند السادس عشر على حظر إحلال آخر محل المستأجر أو توكيل غيره أو تأجير العين من الباطن أو نزوله عنها كليا أو جزئيا ، فإنه يكون قد خالف القانون . راجع الطعن رقم ٩٨٩ لسنة ٤٤ ق جلسة ٢٥ / ١٩٨٧/١٠ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ١٦٢١.

(١) راجع تفصيلا فى التزامات المؤجر ، د/ سميحة القليوبى ، المرجع السابق .، ص ٢١٩ومابعدها. .

بإستمرار نشاطه ، فإن إستغلال المتجر لا يعتبر فقط حقا للمستأجر ولكنه إلتزام عليه أيضا ، حتي يظل محتفظا بعملائه وبالتالي لاتنخفض قيمته ويضار المؤجر .

ولا تنتقل إلى مستأجر المتجر الحقوق والديون المرتبطة بالإستغلال ، لأنها لا تعتبر من عناصره ، ومن ثم تبقى ذمة المفلس مشغولة بالديون المتصلة بالمتجر ، وذلك ما لم يوجد إتفاق على خلاف ذلك ، أو إذا أبرأه الدائنون منها [١] .

ومع ذلك تنتقل عقود العمل محددة المدة [٢] التي تربط عمال المتجر بالمفلس إلي مستأجر الإستغلال ، تطبيقا للمادة التاسعة من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ التي نصت علي أنه " لا يمنع من الوفاء بجميع الإلتزامات المنصوص عليها في هذا القانون حل المنشأة أو تصفيتها أوإغلاقها أو إفلاسها أو إدماجها في غيرها أو إنتقالها بالإرث أو الوصية أو الهبة أو البيع ، ولو كان بالمزاد العلني ،أو النزول أو الإيجار أو غير ذلك من التصرفات " . وبذلك يلتزم المستأجر بالإبقاء على عقود العمل ، ويسأل بالتضامن مع أصحاب الأعمال السابقين عن

---

(١)راجع المادة ٤٠ من قانون التجارة الجديد .

(٢)أما عقود العمل غير محددة المدة فيجوز للعامل ولأمين التفليسة إنهاء العقد في حالة إفلاس رب العمل ، مع مراعاة القواعد المقررة في قانون العمل . راجع المادة ١/٦٢٥ من قانون التجارة الجديد .

تنفيذ جميع الإلتزامات المذكورة أما عقود التأمين المتعلقة بالمتجر فلا تنتقل إلى المستأجر إلا بإتفاق خاص[١]

ولما كان الغرض من تأجير إستغلال متجر المفلس هو المحافظة على قيمته فقد ألزم المشرع (م ٣/٦٤٥ تجاري جديد) أمين التفليسة بالإشراف على من يتولي إدارة المتجر ، ويقدم تقريرا شهريا إلي قاضي التفليسة عن سير تجارة المفلس . والإشراف أو الرقابة المقصودة في هذا المجال لا تخول لأمين التفليسة التدخل في إدارة التجر ، لأن ما يتميز به تأجير الإستغلال ، أو عقد الإدارة الحرة ، هو الإستقلال الذي يتمتع به المستأجر في إستغلال المتجر ، طبقا للشروط المتفق عليها في العقد ولما يقضي به العرف والعادات التجارية ، أي أن نطاق إشراف أمين التفليسة يخوله بعض أوجه الرقابة على نتائج الإستغلال لكي يقف علي تنفيذ المستأجر لشروط العقد ومدي ملائمة الإستمرار في تنفيذ عقد تأجير الإستغلال لتحقيق الأهداف التي صدر من أجلها الإذن بالتأجير . ولا شك أن ذلك يسمح بتدارك الأمر من بدايته في حالة إنخفاض عائدات المتجر أو حجم أعماله بما يعطي مؤشرا علي إنصراف العملاء عنه . ونظرا لأهمية إشراف أمين التفليسة فقد يلجأ إلى تنظيم ذلك بموجب شروط يتم الإتفاق عليها في عقد تأجير الإستغلال .

---

(١) د/ سميحة القليوبى ، المرجع السابق ، ص ٢٧٠ - ٢٧١.

إنتهاء عقد تأجير إستغلال متجر المفلس .

٧٨- ينتهي عقد تأجير المتجر بإنتهاء المدة المحددة في العقد أو بإنتهاء حالة الإفلاس . ولما كان العقد يعتبر من العقود القائمة على الإعتبار الشخصي في جانب المستأجر ، فإنه ينتهي بحدوث أي سبب يؤثر في العوامل التي تأسس عليها هذا الإعتبار وتلك الثقة ، مثل موت المستأجر أو فقدان أهليته أو نقصها أو بصدور حكم بشهر إفلاسه ، وذلك على خلاف القواعد العامة لإنتهاء الإيجار[١] .

كما ينتهي العقد بفسخه نتيجة إخلال أحد طرفيه بإلتزاماته ، وخاصة عدم وفاء المستأجر بالأجرة بالكيفية وفي الميعاد المتفق عليه في العقد . وكذلك عدم إستغلال المتجر بالكيفية المتفق عليها أو إدارته بطريقة من شأنها إنصراف العملاء عنه مما يهدد بإنهيار قيمته . وفي هذه الحالة تبدو أهمية إشراف أمين التفليسة وتقديم تقرير عن سير التجارة إلى قاضي التفليسة ، الذي يتخذ القرار المناسب بما يحافظ على مصلحة الدائنين . ولما كان المشرع لم ينص على سلطة قاضي التفليسة في إنهاء عقد الإيجار ، في هذه الحالة ،فإنه يجب على أمين التفليسة أن يطلب فسخ عقد الإيجار طبقا للقواعد العامة ، أى بموجب دعوى ترفع أمام المحكمة المختصة . ولما كان ذلك لايتلائم مع السرعة

---

(١) راجع . د/ سميحة القليوبى ، المرجع السابق ، ص ٣٠٩ - ٣١٠.

التي يجب أن تسير عليها إجراءات التفليسة ، فإنه عادة ما يتضمن عقد تأجير الإستغلال الشروط المتعلقة بإعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي أو إعذار أو أي إجراءات قانونية (م ١٥٨ مدني).

ولا شك في أن عدم تنظيم المشرع المصري لإيجار إستغلال المحل التجاري عموما وفي حالة الإفلاس خصوصا ، يعني ضرورة اللجوء إلى القواعد العامة لعقد الإيجار ، وهذا لا يتلائم مع طبيعة المحل التجاري والظروف المحيطة بتأجير إستغلاله كوسيلة للاستمرار في تشغيله خلال الفترة التمهيدية ولذلك يقتضي الوضع تدخل المشرع لتنظيم تأجير إستغلال متجر المفلس ومنح قاضي التفليسة أو محكمة الإفلاس سلطات خاصة تتعلق بهذاالموضوع ، وهو ما نظمه المشرع الفرنسي ، وهذا ما نتناوله في المطلب التالي

المطلب الثاني

تأجير استغلال متجر المفلس في القانون الفرنسي

تشجيع تأجير إستغلال المتجر في ظل لقانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ .

٧٩- ينظم المشرع الفرنسي تأجير إستغلال المتجر والمؤسسات الحرفية بموجب القانون رقم ٢٧٧ الصادر في ١٩٥٦/٣/٢٠ relative a`la location gérance des fonds de commerce et des etablissement artisamaux . وقد تضمن القانون ٥٦٣ الصادر في ١٣ يوليو ١٩٦٧ بشأن التسوية القضائية وتصفية الأموال القواعد الخاصة بتأجير إستغلال متجر المدين خلال فترة الإجراءات الجماعية ،حيث نص في مادته ٢٧ على أنه يجوز الإذن بإبرام عقد تأجير إستغلال متجر المدين ، ولو وجد شرط يخالف ذلك في عقد إيجار العقار ، ويصدر الإذن من المحكمة ، التي يجوز لها رفض الإذن ، وخاصة إذا إعتبرت أن الضمانات التي يقدمها المستأجر غير كافية ، أو إذا لم يكن المستأجر مستقلا عن المدين . ولا ينطبق على هذا التأجير القواعد المقررة في المواد ٤ . ٥ . ٨ من القانون ٢٧٧ الصادر في ١٩٥٦/٣/٢٠ بشأن تأجير استغلال المتجر والمؤسسات الحرفية .

وقد إعتبر الفقه الفرنسي [١] أن المشرع بدأ يشجع على إتخاذ تأجير إستغلال المتجر كوسيلة لإستمرار نشاط المفلس ، سواء خلال تطبيق التسوية القضائية أو تصفية الأموال ، نظرا لما لهذه الوسيلة من مزايا تحافظ علي المتجر ولا تضر بالدائنين [٢] . ولذلك أجاز تأجير المتجر رغم وجود شرط في عقد إيجار العقار الذي يمارس فيه التاجر نشاطه يمنع من تأجير المتجر إلي الغير، أى أن المشرع يقرر عدم الإحتجاج l'inopposabilite بهذا الشرط في مواجهة جماعة الدائنين [٣].ويصدر الإذن بإبرام عقد تأجير إدارة المتجر من المحكمة التي أصدرت حكم إفتتاح الإجراءات ، وقد أظهر المشرع رغبته في تشجيع اللجوء إلي تأجير إستغلال المتجر ، وذلك بأن أزال العقبات القانونية والاتفاقية التي تحول دون تمامه على النحو التالي :

اولا : إزالة العقبات القانونية

٨٠- وضع المشرع تنظيما دقيقا لإيجار المحال التجارية والمؤسسات الحرفية ، لكي يحول دون المضاربة علي هذه المحال ويضمن إستخدام الايجار كوسيلة لاستمرار النشاط التجاري والصناعي

---

(١) راجع ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٥١ ومابعدها ، وأيضا :
Jean PRIEUR, location - gerance , juris - classeurs commercial , Fascicule 23 45 , No 1.

(٢) راجع ماسبق ، رقم ٦٧ .

(٣) راجع ، جان ليلك هنيان ، المرجع السابق ، ص ١٤٢ ومابعدها .

والحرفي في الحالات التي يحدث فيها لمالك المحل أو المؤسسة ظروف تمنعه من إستغلاله لحسابه الخاص .

ولما كانت الأحكام تدور مع عللها وجودا وعدما ، فقد قررت المادة ٩ من قانون تأجير المحل التجاري (٢٧٧ لسنة ١٩٥٦) عدم تطبيق المواد ٤ . ٥ . ٨ على عقود تأجير الإستغلال التي تعقد بواسطة الوكلاء القضائيين passer par des mandataires de justice المكلفين على أي أساس ، بإدارة المحل التجاري ، بشرط الحصول على الإذن المطلوب لإبرام هذا العقد من السلطة التي ينوب عنها وأن يقوم بإجراءات النشر المنصوص عليها بالنسبة لهذا العقد . وبذلك يحاول المشرع أن يوفق بين قواعد تأجير إستغلال المحل التجاري وبين قواعد الإفلاس إذا إقتضي الأمر تأجير متجر المفلس[١].

وبذلك يستثني المشرع تأجير إستغلال المحل التجاري بواسطة أحد الوكلاء القضائيين ، ومنهم السنديك ، من المادة ٤ التي تشترط لكي يستطيع مالك المحل التجاري أو المؤسسة الحرفية ، سواء كان شخصا طبيعيا أو إعتباريا ، إبرام عقد الإيجار ، أن تكون للمستأجر صفة التاجرأو الحرفي خلال سبع سنوات أو أن يكون قد مارس خلال مدة

---

(١) راجع تفصيلا ، جان ليلك هينان ، المرجع السابق ، ص ١٥٠ - ١٥٤.

مـسـاوية وظيـفـة مـدير gérant أو مـــدير تجـــاري directeur commercial أو مـدير فني technique ، وأن يكون المؤجر قد إستغل المتجر الذي يرغب تأجيره لمدة عامين علي الأقل . ولا يجوز أن يبرم عقد تأجير الإستغلال الأشخاص المذكورين في المادة الأولى من قـانون رقم ١٦٣٥ الصـادر في ٣٠ أغـسطس ١٩٤٧ ، وهم الأشـخـاص المـحظور عليـهم مزاولة التـجارة ، مـثل المحكوم عليـه لعقوبة إحدى الجرائم المخلة بالشرف كالسرقة والنصب وجرائم الإفلاس .

وقد أجاز المشرع (م ٥ من قانون تأجير المحل التجاري سالف الذكـر) إلغـاء أو تخـفـيض هذه المـدة بمـوجب أمـر يصـدر من رئيس المحكمة الإبتدائية بناء على أمر على عريضة يقدمه صاحب المصلحة sur simple requête de l'intéressé ، بعد سماع رأي النيابة العامة le ministere public ، إذا كان طلب إلغاء أو تخفيض المدة يستند إلى إستحالة إستغلال المتجر بواسطة مالكه شخصيا أو بواسطة تابعـيـه par l'intermédiaire de préposés ومن المـلاحظ أن المـدة التي يشـترطهـا المـشرع تهدف إلي منع المـضـاربة speculation على تأجير المتجر ، وأنه يجيز إلغاؤها أو تخفيضها إذا زال هذا الخطر ، وهو مـا يتحقق في حالة تأجير إستغلال متجر المفلس .

إما الإستثناء الثاني فهو مما تقرره المادة ٨ من القانون سالف الذكر ، التي تشترط أن يكون مؤجر المحل مسئولا بالتضامن est solidairement responsable مع مستأجره عن الديون الناشئة عن إستغلال المستأجر للمحل المؤجر وذلك حتى يتم إتخاذ إجراءات نشر la publication عقد تأجير الإستغلا وخلال مدة ستة أشهر من تاريخ هذا النشر ، ويري الفقه أن هذا الإعفاء من المسئولية التضامنية رغم خطورته علي مصلحة دائني المستأجر فإن السلطة التي يخولها المشرع للمحكمة برفض الإذن بتأجير المحل ، إذا لم يقدم المستأجر ضمانا كافيا أو لم يكن مستقلا عن المدين ، تمثل حماية لضمان هذه المصلحة [١].

ثانيا: إزالة العقبات الإتفاقية الموجودة في عقد إيجار العقار

٨١ - إذا كان العقار الذي يمارس فيه النشاط مستأجرا فإنه غالبا ما يتضمن شرطا يوجب على المستأجر أن يقوم هو شخصيا باستغلال المتجر d'exploiter personnellement ويمنعه من تأجيره إلى الغير . وطبقا للقواعد العامة يجب على السنديك إحترام هذا الشرط الوارد في عقد إيجار العقار ، ولذلك قررت المادة ٢٧ من القانون ٥٦٣ لسنة ١٩٦٧جواز الإذن بتأجير إستغلال المتجر خلال فترة الإجراءات رغم وجود هذا الشرط حيث لا يحتج به على جماعة الدائنين[٢].

---

(١) راجع تفصيلا ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٥٤ - ٥٥.
(٢) راجع تفصيلا ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، ص ١٤٢ ومابعدها .

٨٢ - وقد وضع المشرع قاعدة خاصة تتعلق بإنهاء عقد الإيجار حيث أجازت المادة ٢٨ للمحكمة في أي وقت ، أن تقرر فسخ عقد تأجير الاستغلال ، سواء من تلقاء نفسها أو بناء علي طلب السنديك أو نائب الجمهورية ، وبعد تقديم تقرير من القاضي المنتدب ، وذلك في الحالة التي تضعف فيها الضمانات التي قدمها المدين وبشرط أن يكون هذا الإضعاف بفعل المدين [1] .

ويري الفقه [2] أن ما أجازه المشرع بأن تقرر المحكمة من تلقاء نفسها فسخ عقد إيجارالمتجر خلال فترة الإجراء الجماعي يعتبر خروجا على القواعد العامة ، لأنه يسمح للمحكمة بالتدخل في إطار العقدي دون وجود طلب من أطراف العقد ومع ذلك فإن طبيعة المرحلة التى أبرم فيها هذا العقد والهدف الذي أبرم من أجله تقتضي إعطاء فكرة إضعاف الضمانات ، التي تبرر فسخ العقد في هذا المجال ، مفهوما موسعا ، حيث ينبغي ألا يقتصر علي يسار solvabilité المستأجر le preneur ولكن تشمل أيضا الإدارة السيئة une mauvaise gestion و ضعف قدرته sa compétence على إدارة المتجر

---

(١) وقد جرى النص على النحو التالى :

À toute époque le resiliation du contrat de location gérence peut être dicidée par le tribunal , soit d'office , soit à la demande du syndic ou du procureur de la republique , sur le rapport du jage commessaire , lorsque , par son Fait , le preneur diminue les garanties qu'il avait données.

(٢) راجع ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٦٠ ومابعدها .

بصورة تحقق الهدف من الإيجار والمحافظة علي قيمة المتجر وعملائه . وعلى ذلك يعتبر سوء نتائج إستغلال mauvaise resultats المتجر سببا يبرر للمحكمة فسخ عقد الإيجار ، ولو لم يكن ذلك نتيجة فعل المستأجر ، مثال ذلك تعرض المتجر لمنافسة شديدة تحول دون تطوير وزيادة نشاطه . ويتم متابعة ذلك من خلال التقرير الدوري الذي يقدمه السنديك عن تنفيذ شروط عقد تأجير إستغلال المتجر .

تقييد تأجير المتجر في ظل القانون ٩٨ لسنة ١٩٨٥ :

٨٣ - آثار تطبيق القواعد الخاصة بتأجير إستغلال المتجر خلال فترة الإجراء الجماعي في ظل قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ الكثير من **الإنتقادات** nombreuses critiques [١]. **فمن ناحية أولى** لم تكن المحاكم غالبا ، تبذل العناية الكافية une attention suffisante للتحقق من قدرة la solidite الشخص الذي يعرض تأجير إستغلال المتجر ، أو من إستقلاله عن الدين ، ومن ثم كان الأمر ينتهي في أغلب الحالات بتوقف المستأجر عن الوفاء بالتزاماته وبالتالي يفتتح في مواجهته الإجراء الجماعي ، وخاصة أن الشركات العاملة في مجال تأجير الإستغلال les sociétés de location - gérance غالبا ما

---

(١)راجع ، ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٤٢ ، جان بريير ، المرجع السابق ، رقم ١.

لايتوافر لديها الأموال الخاصة de fonds propres التي تساعدها على مواجهة ما يحتاجه المشروع [١]. وفي حالات أخرى كان المستأجر لا يتردد في العمل بكل الوسائل من أجل تحويل عملاء المتجر إلى مصلحته الخاصة أو إعادة المتجر إلي المدين في نهاية العقد كوعاء أو صدفة فارغة une coquille vide . وهكذا إعتبر أن توسيع نطاق اللجوء إلي تأجير إستغلال المتجر لم تنتج عنه نتيجة حاسمة resultat escompté في المحافظة على المشروع كوحدة إقتصادية l'inité économique ، فضلا عن فناء العناصر الحيوية un dépérissement des élément les plus précieux للمشروع مما يؤدي إلى زواله .

واستجابة لهذه الانتقادات إتجه المشرع الفرنسي في قانون ١٩٨٥ إلى التضييق من نطاق اللجوء إلى تأجير إستغلال المتجر كوسيلة لإستمرار نشاط المشروع خلال فترة المراقبة ، حتى قيل [٢] أنه أصبح ذو طبيعة إستثنائية caractère execeptionnel ، لأن هذه الفترة تجد مبرر وجودها في قدرة المشروع على الإستمرار في نشاطه وهذا مالا يتوافر حقيقة في حالة تأجير إستغلاله [٣].

---

(١) راجع إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢١٦.
(٢) راجع ، ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٦٧ ، ميشيل جيانتان ، المرجع والمكان السابقين جان جاك داجر ، المرجع السابق ، ص ١٣.
(٣) راجع إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢١٧.

وذلك بعكس المرحلة النهائية حيث يمكن تأجير المتجر ضمن خطة التنازل الكلي أو الجزئي عن المشروع ، على أن يلتزم المستأجر بالشراء في نهاية مدة الإيجار .

ويتضح عدم تشجيع المشرع على تأجير إستغلال المتجر كوسيلة لإستمرار المشروع خلال فترة المراقبة من الشروط التي وضعها لكي يمكن إبرام عقد الإيجار ، حيث حدد المشرع المشروعات التي يجوز تأجيرها وكذلك مدة إيجار ، فضلا عمن يجوز له طلب الإذن بالإيجار .

أما القوعد الخاصة بإزالة العقبات القانونية والإتفاقية التي تعوق تأجير المشروع فقد حافظ عليها المشرع كما كانت في ظل قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ (١). حيث يجوز تأجير المشروع ولو وجد شرط يمنع ذلك فى عقد إيجار العقار الذي يوجد فيه المتجر . وكذلك لا يسري على هذا الإيجار القواعد المقررة في المواد ٤ . ٥ . ٨ من القانون رقم ٢٧٧ الصادر في ٢٠ مارس ١٩٥٦ المتعلق بتأجير إستغلال المحل التجاري والمؤسسات الحرفية (٢) . وسنقتصر في هذا المجال على القواعد الجديدة التي تضمنها القانون رقم ٩٨ الصادر في ٢٥ يناير ١٩٨٥ .

---

(١) راجع ما سبق ، رقم ٨٠ ، ٨١

(٢) راجع ما سبق ، رقم ٨٠

١ - بالنسبة لمن له حق طلب التأجير :

٨٤ - منحت المادة ١/٤٢ من القانون ٩٨ لسنة ١٩٨٥ لنائب الجمهورية du procureur de la republique فقط الحق في أن يطلب من المحكمة الإذن بإبرام عقد تأجير إستغلال مشروع المدين خلال فترة المراقبة . وعلى ذلك لا يجوز للمدين أو المدير القضائي أو الدائنين أو أي عضو من الأعضاء المشاركين في إجراء إصلاح المشروع أن يطلب من المحكمة إصدار هذا الإذن ، كما كان الأمر في ظل قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ ، وهو ما يطالب البعض (١) بالعودة إليه وجعل طلب الإذن من حق كل ذي مصلحة tout intéressé . وتصدر المحكمة قرارها بشأن طلب الإذن المقدم من النيابة العامة le ministère public بعد إستشارة après consultation لجنة المشروع du comité d' entreprise أو مندوب شئون الأفراد des délégués du personnel في حالة عدم وجود اللجنة المذكورة . وهذه الإستشارة لا تعني ضرورة حضور هؤلاء الأشخاص في الجلسة المخصصة للنظر في طلب الإذن ، وإنما يتم إعطاء الإستشارة بالطريقة التي جري عليها العمل مع هذه الجهات . ويأخذ الفقه على المشرع أنه تجاهل رأي المدين أو المدير القضائي ، رغم أن الأخير سيكلف بمهمة

---

(١) راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢١٧ ، ص ٢٣٩.

أساسية خلال فترة تنفيذ عقد تأجير الإستغلال [١] ، حيث تقرر المادة ١/٤٣ من ٢٥ يناير ١٩٨٥ سالف الذكر إلتزام المدير القضائى بالإشراف والرقابة على تنفيذ الإلتزامات des engagements الناشئة عن هذا العقد .

فإذا أذنت المحكمة بتأجير مشروع المدين فإن الذي يقوم بإبرام العقد قد يكون المدين أو المدير القضائي ، تبعا للمهمة التي تحددها المحكمة التي عينت هذا الأخير ، حيث يدخل في سلطة المدين القيام بأعمال الإدارة والتصرف في ذمته المالية ، بالإضافة إلى إستعمال الحقوق والدعاوي التى لا تدخل في مهمة المدير القضائي [٢] .

٢ - أما بالنسبة لمدة عقد الإيجار :

٨٥ - نصت المادة ٢/٤٢ سالفة الذكر على أن يبرم العقد لمدة لاتتجاوز سنتين . وذلك بعكس قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ الذي لم يحدد مدة معينة لعقد الإيجار ،مما أثار كثيرا من الجدل حول الحد الأقصي لهذا العقد [٣] .

ولما كان الحد الأقصي لفترة المراقبة أقل من سنتين فقد قرر المشرع أنه إذا حددت المحكمة مدة العقد الإيجار بحدها الأقصي وهو سنتين ، فإن مدة فترة المراقبة تمتد حتى نهاية هذا العقد . ويرى الفقه أن إبرام عقد الإيجار قد يترتب عليه امتداد فترة المراقبة لمدة ثلاث

---

(١) راجع ، جان بريير ، المرجع السابق ، رقم ١٦.
(٢) راجع ما سبق ، ص ١١١ ومابعدها .
(٣) راجع ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٥٧ ومابعدها .

سنوات ، لأن الحد الأقصى لمدة العقد يبدأ إعتبارا من تاريخ إبرام العقد الذى قد يكون بعد مضي سنة من تاريخ بداية فترة المراقبة . بل إنه لايوجد ما يمنع من الناحية العملية ، القول بأن النصوص تسمح بإستمرار هذا الإيجار الأول خلال فترة التنازل عن المشروع ، ولكن في صورة إيجار جديد تطبيقا للمادة ٩٤ من القانون سالف الذكر [١] .

٣ - *المشروعات التي يجوز تأجيرها :*

٨٦ - اشترط المشرع (م ١/٤٢ سالفة الذكر) أن يكون المشروع من المشروعات التى يترتب على زوالها إحداث إضطرابات خطيرة un trouble grave للاقتصاد الوطني أو الإقليمي l'economie nationale ou regionale يتضح من ذلك أن المشرع يقصر تأجير الإستغلال خلال فترة المراقبة علي المشروعات الكبيرة . ومع ذلك يري الفقه [٢] أن حجم la taille المشروع لا يتعتبر معيارا كافيا للقول بتطبيق المادة ٤٢ واستفادة المشروع من إمكانية تأجيره ، ولكن يجب تقدير الدور الذي يقوم به المشروع في خدمة الاقتصاد الوطني أو الإقليمي ، وهذه مسألة تختص بتقديرها محكمة الموضوع التي يعرض عليها طلب الإذن بالإيجار وذلك بالنظر إلى عدد المشروعات في المجال

(١) راجع ، جان بريير ، المرجع السابق ، رقم ١٧ .

(٢)راجع ، جان بريير ، المرجع السابق ، رقم ٦ ، ٧ ، ريبير وربلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٦٧ ، ص ١٠٩١.

الاقتصادي ومصالح الموردين والعملاء والمستهلكين ، بالإضافة إلي عدد العاملين في المشروع . حيث قد يكون المشروع ذو حجم صغير أو متوسط ولكنه يلعب دور حيوي في مجال نشاطه .

وقد طبق القضاء الفرنسي ذلك على الشركة التي توظف ١٢٠٠ عامل ، وكذلك على مجموعة شركات تحتل المرتبة الأولي في صناعة النسيج الفرنسية la bonneterie francaise حيث يكون إستمرار هذه المشروعات ضروريا لتحقيق المصلحة الوطنية والإقليمية .وقد تنطبق هذه الأهمية على بعض وحدات المشروع التي يؤدي زوالها إلى إحداث إضطرابات للإقتصاد الوطني أو الإقليمي ، مثال ذلك المشروع الذي يستخدم من ١٥٠ إلى ٢٠٠ شخص ويقوم بدور هام في التوازن الإقليمي l'équilibre régional فى مجال نشاطه الخاص .

وقد يكون الإضطراب le trouble الذي ينشأ عن زوال المشروع إضطرابا علي المستوي الاقتصادي أو المستوي الاجتماعي .

وينتقد الفقه هذا الشرط بإعتباره ذو طبيعة تمييزية un caractère élitiste تسمح لبعض المشروعات بالإستفادة من تسهيلات facilités لا تمنحها لمشروعات أخرى ، لذلك يقترح السماح باستفادة المشروع من تأجير إستغلاله خلال فترة المراقبة بصرف النظر عن حجمه [1] .

(١) راجع ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢١٧.

وقد أثار هذا الشرط المتعلق بحجم وأهمية المشروع خلافا بشأن مدي إستفادة المشروعات التي ينطبق عليهاالإجراء المختصر la procedure simplifiée ، حيث ذهب رأي (٢) إلى عدم إستفادتها من تأجير الإستغلال خلال فترة المراقبة ،لأن هذا الإجراء ينطبق علي الشخص الطبيعي أو الشخص الإعتباري الذي لا يعمل به أكثر من خمسين عاملا ولا يزيد حجم إعمالها علي مبلغ ٢٠ مليون فرنك ، اي أنها مشروعات صغيرة لا يؤدي زوالها إلى إحداث إضطراب في الاقتصاد الوطني أو الإقليمي . ويذهب رأي آخر (٣) إلى جواز تأجير هذه المشروعات لأن العبرة بالأثر الذي يحدثه توقف هذه المشروعات ، وهو إحداث إضطراب في الاقتصاد الوطني أو الإقليمي . فضلا عن أن المشرع لم ينص على منع إستمرار نشاط المشروعات التي ينطبق عليها الإجراء المختصر عن طريق تأجير استغلالها إلي الغير ، ومن ثم تكون قواعد الإجراء العام واجبة التطبيق علي الإجراء المختصر فيما لم يرد بشأنه نص خاص بالإجراء الأخير ، وهذا يسمح بتأجير إستغلال المشروع (٣).

---

(١) راجع إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢١٩ ، ميشيل جبانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٤٥ .

(٢) راجع ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٦٧ ، ص ١٠٩٢.

(٣) راجع ، جان بريير ، المرجع السابق ، رقم ١٠.

سلطة المحكمة في إنهاء عقد تأجير الإستغلال

٨٧ - أجازت المادة ٢/٤٣ من القانون ٩٨ لسنة ١٩٨٥ [١] للمحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بناء علي طلب المدير القضائي أو ممثل الدائنين أو نائب الجمهورية . وبعد إستشارة لجنة المشروع أو مندوب شئون العاملين في حالة عدم وجود هذه اللجنة ، أن تأمر بإنهاء la résiliation عقد تأجير الإستغلال في حالتين : الأولي : إذا قام مستأجر الإستغلال بعمل من شأن الإضرار a` porter atteinte بعناصر المتجر محل الإيجار ، وفي هذه الحالة لم يشترط المشرع تحقق الضرر la réalisation de l'atteinte، ولكن يكفي أن يكون تصرف المستأجر du preneur يجعل ذلك ممكنا ، كأن يغير من شروط الإستغلال بما يؤدي إلي خسارة المحل للعملاء وإحتمال إنهيار قيمة المحل التجاري [٢] .

---

(١) وقد جرى نصها على النحو التالى :

Lorsque le locataire - gerant accomplit un acte de nature à porter atteinte aux éléments pris en location - gérance ou lorsqu . il diminue les garanties qu'il avait données , le tribunal peut ordonner la résiliation du contrat de location - gérance , soit d'office , soit à la demande de l'adninistrateur , du représentant des créanciers ou du procureur de la republique , après consultation du comité d'entreprise ou , à defaut , des délégués du personnel .

(٢) راجع جان بريير ، المرجع السابق ، رقم ٢٤.

أما الحالة الثانية فهي قيام المستأجر بإضعاف الضمانات diminue le garanties التي قدمها عند إبرام عقد الإيجار .

وقد خول المشرع (م١/٤٣سالفة اذكر) للمدير القضائي مهمة مراقبة مدى احترام المستأجر لإلتزاماته الناشئة عن عقد تأجير الاستغلال. وله فى سبيل القيام بذلك أن يلزم المستأجر بإبلاغه بجميع المستندات والمعلومات وإجراء التحريات aux investigation الضرورية للقيام بهذه المهمة . ويلتزم المدير بإعداد تقرير عن تنفيذ المستأجر لإلتزماته وعن نتائج الإستغلال ويحدد المبالغ التي حصل عليها من المستأجر . ويقدم هذا التقرير إلى كل من : القاضي المنتدب للإشراف على الإجراء ونائب الجمهورية وممثل الدائنين [١].

٨٨ - إذا كان إستمرار تشغيل تجارة المفلس خلال الفترة التمهيدية يتم إما عن طريق الإدارة المباشرة وإما عن طريق تأجير استغلال المتجر إلي شخص من الغير يتولى تشغيله لحسابه الخاص نظير دفع الأجرة المتفق عليها ، فإن نجاح ذلك ، وخاصة الإدارة المباشرة ، يتوقف على عدم تغير الظروف التي يمارس فيها النشاط ، حيث يجب أن تستمر العلاقات القانونية التي تربطه بالعملاء والموردين ، وهذا ما نتناوله في المبحث التالي من خلال دراسة إستمرار العقود الصحيحة السارية وقت صدور حكم شهر الإفلاس وعدم إعتبار هذا الحكم سببا لفسخ العقود التبادلية التي يكون المفلس طرفا فيها .

---

(١) راجع ، جان بريير ، المرجع السابق ، رقم ٢٣.

المبحث الثالث

مصير العقود التي لم يتم تنفيدها قبل شهر الإفلاس

تمهيد :

٨٩ - تضمن قانون التجارة الجديد أحكاما تتعلق بأثر الإفلاس في العقود الصحيحة التي أبرمها المدين ولم يتم تنقيدها قبل شهر الإفلاسه [١]، حيث وضع المبدأ : وهو عدم إعتبار شهر الإفلاس سببا لفسخ العقود الملزمة للجانبين التي يكون المفلس طرفا فيها إلا إذا كانت قائمة على إعتبارات شخصية ، أي أن هذه العقود تظل قائمة حتى يعلن أمين التفليسة رغبته في عدم تنفيذها ، وفي هذه الحالة يجوز للطرف الآخر أن يطلب الفسخ والتعويض عن ذلك إن كان له مقتض . ثم تناول أثر شهر الإفلاس إذا كان المفلس مستأجرا للعقار الذي يمارس فيه التجارة ، وكذلك أثره على عقد العمل الذي يربط المفلس مع العاملين لديه .

ومن الجدير بالذكر أن هذه القواعد لا يقتصر تطبيقها على الحالة التي يأذن فيها قاضي التفليسة بالإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، حيث يمكن لأمين التفليسة أن ينفذ بعض العقود أويستمر في تنفيذها بغرض المحافظة على أموال التفليسة حتى يعود إليها المفلس إذا

---

(١) راجع المواد من ٦٢٣ إلى ٦٢٥.

حصل علي الصلح أو لتجنب خسارة كبيرة نتيجة عدم التنفيذ والإلتزام بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي أصابه من جراء الفسخ ، مما يضر بالدائنين في التفليسة . كما أن الإذن بالإستمرار في تشغيل تجارة المفلس لا يعني إلتزام أمين التفليسة بتنفيذ أو الإستمرار في تنفيذ العقود التي أبرمها المدين قبل شهر إفلاسه ، حيث أن حسن إدارة التفليسة قد يقتضي عدم تنفيذ بعض العقود ، إذا رأى أن ذلك يحقق مصلحة جماعة الدائنين ، على أساس أن التعويض الذي يجب دفعه نتيجة فسخ العقد قد يكون أقل من تكلفة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذا العقد[١].

ولكن لا يعني ذلك أن القواعد المتعلقة بأثر الإفلاس على العقود الصحيحة التي أبرمها المدين قبل شهر إفلاسه ليس لها صلة بتنفيذ الإذن بالاستمرار في تجارة المفلس ، لأن قيام أمين التفليسة بتنفيذ بعض العقود لا يتم إلا في حالة الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، كعقود التوريد وعقود العمل مثلا . كما أن هذا الإستمرار في التشغيل يقتضي بحث موضوع أثر الإفلاس علي العقود التي أبرمها المدين قبل شهر إفلاسه ليس بإعتباره حلا للتنازع des conflits بين المصالح الخاصةles interets particulier ، مصلحة جماعة الدائنين

(١) راجع فى هذا المعنى فى القانون الفرنسى ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، ص ١٢٣ ومابعدها ، وذلك فى ظل المادة ٣٨ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧.

ومصلحة المتعاقد الآخر ، ولكن إستمرار النشاط يعرض موضوع مصير هذه العقود من زاوية أخري ، حيث يتعلق الأمر بضمان الوسائل اللازمة لنجاح الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، لكي تحقق المصلحة العامة أو مصلحة الدائنين أو المفلس ، حيث لاجدوي من الإذن بالإستمرار في التشغيل دون منح القائم على التشغيل الوسائل المادية les moyens matériels التي تضمن له النجاح في مهمته ، بإعتبار أن التنفيذ العادي l'exécution normale لبعض العقود التي أبرمها المدين قبل شهر إفلاسه يضمن نجاح إستمرار نشاطه الاقتصادي ، بل إن استمرار بعض الروابط التعاقدية يعتبر شرطا للمحافظة على إستمرار مشروع المفلس في أداء وظيفته en état de fonctionnement [1].

ومن ثم يري البعض [2] أن هذه القواعد الخاصة باستمرار العقود المستمرة خلال فترة المراقبة جعلت من العقد المساعد الضروري l'ouxiliaire necessaire لحل المشكلات التي تواجه المشروع ، وعلى ذلك يمكن إعتبار العقد عنصر حقيقي في الذمة المالية للمشروع un véritable élément du patrimoine de l'entreprise.

---

(١) راجع : ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ١٤١.
(٢) راجع : إمانول جوفن ، المرجع السابق ، ص ٧٩.

ولا شك أن القواعد التي يفرضها المشرع في هذا المجال تعتبر خروجا على النظرية العامة للعقد (١) .

وسنتناول مصير العقود الصحيحة التى أبرمها المدين قبل شهر إفلاسه ، والتي يرى أمين التفليسة أهميتها لإستمرار تشغيل تجارة المفلس خلال الفترة التمهيدية ، بدراسة مبدأ عدم الفسخ التلقائي لهذه العقود بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس ، ثم بحث العقبات التي يمكن أن تواجه أمين التفليسة عند مطالبة المتعاقد الآخر بتنفيذ إلتزاماته الناشئة عن العقد، حيث قد يحاول المتعاقد الآخر التخلص من طلب التنفيذ على أساس أن العقد الذي يربطه بالمفلس يقوم على إعتبارات شخصية ، أو بأن يتمسك بالشرط الفاسخ بقوة القانون الذي يتضمنه العقد المطلوب تنفيذ ، أو يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ بسبب عدم تنفيذ المفلس لإلتزاماته السابقة على شهر الإفلاس . وسنبين مدي جواز تمسك المتعاقد الآخر بهذه الوسائل للتخلص من تنفيذ العقد الذي يطلب أمين التفليسة تنفيذه (٢).

---

(١)راجع تفصيلا :

Jean - Francois MONTREDON, la théorie générale du contrat à l'epreuve du nouveau deroit des procédures collectives , J. C. P. 1989 , Ed . N. , I Doc., P. 25 et s.

(٢) ومن الجديد بالذكر أن تناولنا لهذا الموضوع سيكون بالقدر اللازم لارتباطه بموضوع البحث، لأن دراسة الجوانب المتعلقة بمصير العقود الصحيحة التي كان المفلس طرفا فيها تحتاج إلى دراسة مستقلة ، حتى يمكن دراسة مبدأ الاستمرار وتطبيقاته الخاصة على بعض العقود.

وعلى ذلك نتناول أولا مبدأ عدم فسخ العقود بسبب شهر الإفلاس ثم العقبات التي يمكن أن تواجه تطبيق هذا المبدأ ، وأخيرا : كيفية تنظيم المشرع الفرنسي لمصير هذه العقود السارية وقت صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي وستخصص لكل مطلب مستقل .

المطلب الأول

مبدأ عدم فسخ العقود

السارية وقت شهر الإفلاس

النص على مبدأ عدم فسخ العقود

٩٠ - تنص المادة ١/٦٢٣ من قانون التجارة الجديد على أنه "لا يترتب على الحكم بشهر الإفلاس فسخ العقود الملزمة للجانبين التي يكون المفلس طرفا فيها ، إلا إذا كانت قائمة على إعتبارات شخصية".

ويتضح من ذلك أن المشرع يضع مبدأ عاما يحدد مصير العقود الصحيحة التي أبرمها المفلس ولم يتم تنفيذها قبل صدور الحكم بإشهار إفلاسه ، وهو بذلك يسد نقصا كان موجودا في قانون التجارة الملغي الذي يتضمن بعض النصوص التي تحدد مصير بعض العقود[١].

وقد أخذ المشرع في هذا الشأن بما إستقر عليه الرأي في ظل قانون التجارة الملغي رغم عدم وجود نص [٢]، حيث لا يعتبر الإفلاس في ذاته سببا قانونيا يبرر للمتعاقد مع المفلس أن يطلب فسخ العقد ، لأن الفسخ يعتبر جزاء على عدم تنفيذ أحد طرفي العقد الملزم للجانبين

(١) راجع د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٥١١ ، ص ٧٣٣ ، د/ فايز رضوان ، المرجع السابق ، رقم ١١٩.

(٢) راجع د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٥١٠.

لإلتزاماته الناشئة عن هذا العقد [١] ، ومن ثم لا يجوز للمتعاقد مع المفلس أن يطلب فسخ العقد بعد صدور حكم شهر الإفلاس طالما قام أمين التفليسة بتنفيذ الإلتزامات التي يرتبها هذا العقد على عاتق المفلس ، ما لم تكن طبيعة العقد تقتضي تدخل المفلس شخصيا لتنفيذه وحال غل يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها دون قيامه بذلك .

العقود التي يسري عليها مبدا عدم الفسخ :

٩١- ينطبق مبدأ عدم الفسخ التلقائي على العقود التي أبرمها المفلس قبل صدور الحكم بإشهار إفلاسه ولم يبدأ في تنفيذ إلتزاماته الناشئة عنها قبل صدور هذا الحكم . وكذلك العقود التى بدأ تنفيذها قبل صدور الحكم ، ولكن لم يتم هذا التنفيذ ، سواء كان العقد من العقود الفورية instantané أو من العقود المستمرة أو ذات التنفيذ الدوري à exécution successive .

أما العقود التي يكون المفلس قد نفذ إلتزماته الناشئة عنها قبل إشهار إفلاسه فلا ينطبق عليها هذا المبدأ ، حيث لا يؤثر الإفلاس على وجود العقد ، وإذاكان المتعاقد الآخر لم ينفذ إلتزاماته فإن أمين التفليسة يطالبه بالتنفيذ العيني أو عن طريق التعويض إذا تعذر التنفيذ العيني . ويسري هذا المبدأ على العقود االتبادلية synallagmatique ، أما العقود الملزمة لجانب واحد unilatéral فلا ينطبق عليها الفسخ بسبب عدم التنفيذ . كما يقتصر

(١) راجع المادة ١٥٧ من القانون المدنى المصرى .

تطبيقه على العقود الصحيحة التي أبرمها المفلس قبل شهر إفلاسه ،أما العقود التي تخضع للقواعد المقررة بشأن عدم نفاذ التصرفات الصادرة من المفلس خلال فترة الريبة ، سواء كان عدم نفاذ وجوبي (م٥٩٨ تجاري جديد) أو عدم نفاذ جوازي (م ٥٩٩ تجاري جديد) فلا ينطبق عليها هذا المبدأ وإنما تخضع لقواعد خاصة حيث لا يحتج بها في مواجهة جماعة الدائنين .

إجراءات طلب استمرار تنفيذ العقود

٩٢ - ولكي يستفيد أمين التفليسة من هذه العقود التي أبرمها المفلس فإنه يجب عليه أن يعلن عن رغبية في تنفيذ العقد أو الإستمرار في تنفيذه ، لأن المشرع لم يُلق عليه إلتزاما بالتنفيذ التلقائي لهذه العقود ، وإنما جعل له الإختيار بين المطالبة بتنفيذها أو عدم التنفيذ ، تبعا لما يحقق مصلحة جماعة الدائنين والمفلس .

ولم يحدد المشرع كيفية إعلان أمين التفليسة عن موقفه من هذه العقود . ومن ثم يمكن أن يكون هذا الإعلان صريحا ، بأن يوجه إلى الطرف الآخر ما يفيد تمسكه بتنفيذ العقد أو رغبته في عدم التنفيذ . كما يمكن أن يكون إعلان الرغبة في تنفيذ العقد أو رفضه ضمنيا ، حيث لا يقوم بتنفيذ الإلتزامات التي يفرضها العقد على المفلس أو يمتنع عن التنفيذ أو يتوقف عن متابعة التنفيذ الذي بدأه المدين قبل شهر الإفلاس . ويخضع تقدير تصرف أمين التفليسة الذي يستنتج منه موقفه من العقد للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع التي يجب عليها

ألا تيسر في إستخلاص هذه الرغبة في عدم التنفيذ [(١)] ، حيث لا يكفى مجرد السكوت لإستخلاص هذه الرغبة [(٢)].

ولم يحدد المشرع المدة التي يجب أن يعلن أمين التفليسة خلالها موقفه من العقود التي يكون المفلس طرفا فيها[(٣)] ، ومن ثم يظل محتفظا بحق المطالبة بتنفيذ العقد طالما لم يظهر الرغبة في عدم التنفيذ ، بصرف النظر عن المدة التي مضت من تاريخ المحكم بشهر الإفلاس . ومع ذلك ينبغي أن يعلن أمين التفليسة الرغبة في تحديد موقفه من العقد في وقت ملائم بما لا يضر بالطرف الآخر .

فإذا لم يقم أمين التفليسة بذلك فقدأجاز المشرع للطرف الأخر أن يعين له مهلة مناسبة لإيضاح موقفه من العقد، ويخضع تقدير مدي مناسبة هذه المهلة للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع . فإذا إنقضت هذه المهلة دون أن يتحدد أمين التفليسة هذا الموقف ، بعد الحصول على إذن قاضي التفليسة ، جاز للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد . وفي هذه الحالة تطبق القواعد العامة للفسخ القضائي للعقود الملزمة للجانبين[(٤)] ، المقررة في المادة ١٥٧ من القانون المدني التي تجيز ،

---

(١) راجع د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٥١٧، ص ٧٣٩ .
(٢) راجع د/ حسنى المصرى ، المرجع السابق ، رقم ٢٣٢ ، ص ٢٧٦.
(٣) مع مراعاة ما تنص عليه المادة ١٩ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ بشأن التأجير التمويلى حيث تلزم أمين التفليسة بأن يخطر المؤجر خلال ثلاثين يوما من تاريخ الحكم الصادر بإشهار الإفلاس برغبته فى استمرار عقد التأجير التمويلى المبرم مع المفلس (المستأجر)
(٤) راجع ، د/ فايز رضوان ، المرجع السابق ، رقم ١٢٠.

في فقرتها الثانية ، للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا إقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين (أمين التفليسة أو المفلس) قليل الأهمية بالنسبة إلى الإلتزام في جملته . ولا تعتبر دعوي فسخ هذه العقود من الدعاوي المتفرعة عن التفليسة ، ومن ثم لا تختص بها محكمة الإفلاس ولكن تحدد المحكمة المختصة طبقا للقواعد العامة المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، حسب موطن المدعى عليه وقيمة العقد .

فإذا قضي بفسخ العقد فإنه يجوز للمتعاقد الآخر أن يطلب تعويض الضرر المترتب على الفسخ ، وفي هذه الحالة يدخل فى التفليسة كدائن عادي بمبلغ التعويض المحكوم به ، إلا إذا وجد نص يقرر إحتفاظ التعويض بالإمتياز المقرر له قانونا [١] (م٦٢٣ /٣ تجاري جديد).

وإذا تضمن العقد شرطا جزائيا أو إتفق الطرفان على التعويض فإنه يسري على هذه الحالة القواعد المقررة في القانون المدني [٢].

٩٢- ونظرا لخطورة الآثار المترتبة على الموقف الذي يتخذه أمين التلفيسة من هذه العقود ، سواء كان بالإستمرار في التنفيذ أو كان بعدم

---

(١) راجع مثلا المادة ٣/٦٢٥ من قانون التجارة الجديد التي تقرر احتفاظ التعويض المستحق للعامل عن انهاء عقد العمل طبقا للفقرة الأولى والثانية من هذه المادة بالامتياز المقرر له قانونا .

(٢) راجع المادة ٢٢٣ ومابعدها .

التنفيذ ، حيث ينشأ عن الأول إلتزامات يحتج بها في مواجهة جماعة الدائنين ، أما الثاني فيترتب عليه زوال العقد وإستحقاق الطرف الآخر للتعويض ، فقد أوجب المشرع (م ٢/٦٢٣ تجاري جديد) علي أمين التفليسة أن يعرض على قاضي التفليسة كل قرار يرى إتخاذه بشأن العقد ، وذلك لكي يحصل على إذن منه بالموقف الذي يرغب في إتخاذه . يتضح من ذلك أنه لا يكفي لكي يستفيد أمين التفليسة من العقد أن يكون قد حصل علي إذن بالاستمرار فى تشغيل تجارة المفلس ، ولكن يجب الحصول على إذن آخر خاص بالإستمرار في تنفيذ كل عقد من العقود التي كان المفلس طرفا فيها ، ما لم يكن تنفيذ العقد من المقتضيات الضرورية والمفيدة لإستمرار تجارة المفلس ، حيث يكفي الإذن بالإستمرار في التشغيل .

ولا شك أن شرط الحصول على إذن قاضي التفليسة قبل أن يحدد أمينها موقفه من العقد يحول دون التحايل على قواعد المساواة بين الدائنين ، ويمنع التواطؤ بين أمين التفليسة والطرف الآخر في العقد. ولا مانع من أن يطلب قاضي التفليسة تقريرا من مراقبها بشأن القرار الذي يقترحه أمين التفليسة ، لأن من شأن ذلك مساعدته فى الرقابة على أعمال أمين التفليسة وإصدار الإذن بناء على معلومات

صادقة تتحقق بها مصلحة جماعة الدائنين .

٩٣ – ويثور التساؤل عن الأثر الذي يترتب على قيام أمين التفليسة بتحديد موقفه من العقد دون الحصول على إذن قاضي التفليسة، سواء كان هذا الموقف بتنفيذ العقد أو عدم تنفيذه . وإجابة على هذا التساؤل نرى أنه لا يعتد بهذا الموقف ، ومن ثم لا يترتب عليه أثرا ، لأن المشرع أوجب حصول أمين التفليسة علي إذن من قاضيها بأي قرار يتخذه بشأن العقد ، وبذلك يعتبر هذا الإذن هوالمحرك الأساسي وليس الموقف الذي يتخذه أمين التفليسة . ولا يقبل الإعتراض على ذلك بأنه قد يضر بالطرف الأخر الذي إعتمد على ما قام به أمين التفليسة ، لأن قواعد الإفلاس تتعلق بالنظام العام ، وكان يجب علب الطرف الآخر أن يتحقق من إحترام أمين التفليسة للقواعد المقررة في هذا الشأن ، وخاصة ضرورة الحصول علي إذن من قاضي التفليسة ، أما وأنه لم يقم بذلك فإنه يكون مخطئا ، بل يغلب الظن بوجود تواطؤ بينه وبين أمين التفليسة .

ولا شك أن تصرف أمين التفليسة علي هذا النحو يعرضه للمسئولية القانونية التي قد تنتهي بعزله وإلزامه بتعويض ما ينشأ عن ذلك من أضرار ، سواء للتفليسة أو للطرف الآخر في العقد .

هل يجوز لمستأجر متجر المفلس المطالبة بتنفيذ العقود السارية ؟ (١)

٩٤- يثور التساؤل في حالة الإستمرا في تشغيل تجارة المفلس عن طريق تأجير إستغلال المتجر إلى الغير ، بشأن مدى إستفادة المستأجر من حق طلب الإستمرار في تنفيذ العقود الملزمة للجانبين التي كان المفلس طرفا فيها ، هل يجوز له أن يعلن رغبته في تنفيذ هذه العقود ومن ثم يلتزم الطرف الآخر بالتنفيذ ولا يجوز له طلب الفسخ ؟ وإذا كانت الإجابة بالنفي ، فهل يجوز لأمين التفليسة أن يستعمل هذا الحق ويطالب الطرف الآخر بالإستمرار في التنفيذ لمصلحة المستأجر ؟

لا يجوز للمستأجر أن يطالب الطرف الآخر بتنفيذ هذه العقود ، لأن الحق المقرر في المادة ٦٢٣ من قانون التجارة الجديد هو حق خاص بأمين الفليسة بإعتباره ممثلا لجماعة الدائنين ونائبا عن المفلس في إدارة أمواله والمحافظتعليها ، ومن ثم لا يجوز له إستعمال هذا الحق لمصلحة الغير au bénéfice d' un tièrs (٢) . فضلا عن أن هذه العقود لا تعتبر من عناصر المتجر محل عقد إيجار ، ومن ثم فلا تنتقل إلى المستأجر بمقتضي عقد إيجار الإستغلال ، لأن المبدأ هو عدم

---

(١) راجع تفصيلا بشأن هذا الموضوع فى الفقه الفرنسى ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ ، ومابعدها .

(٢) راجع ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ .

إعتبار الحقوق والديون عنصرا من عناصر المتجر إلا بإتفاق خاص ، ويشترط في هذا الشأن إتباع الإجراءات الخاصة بحوالة الدين المدني[١].

كما لا يجوز لأمين التفليسة أن يستعمل حق الإختيار المقرر في المادة ٦٢٣ سالفة الذكر لإلزام الطرف الآخر في العقود التي أبرمها المفلس قبل شهر الإفلاس بتنفيذها لمصلحة مستأجر متجر الملفلس لأن الإيجار يرد على المتجر دون هذه العقود ولوكانت مفيدة في إستمرار تشغيله [٢]. فضلا عن أن أمين التفليسة لا يمثل مستأجر متجر المفلس . ولكن هذا لا يمنع المستأجر من الإتفاق مع الطرف الآخر على الإستمرار في تنفيذ هذه العقود طبقا للقواعد العامة المقررة في القانون المدني [٣].

٩٥ - إذا كان المشرع قد وضع مبدأ عدم الفسخ التلقائى للعقود الملزمة للجانبين التي يكون المفلس طرفا فيها ، ومن ثم أجاز لأمين التفليسة الإختيار بين إلزام الطرف الآخر بتنفيذها أو طلب فسخها ، بما يعنى أن أمين التفليسة يحل محل المفلس في تنفيذ إلتزاماته الناشئة

---

(١) راجع د/ سميحة القليوبى ، المرجع السابق ، ص ٢٦٩ .

(٢) راجع ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ٢١٧ ، ص ٢٣٩ .

(٣) راجع ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، ص ٩ - ١٥.

عن هذا العقود ، فهل ينطبق هذا المبدأ على جميع العقود أم أنه توجد عقود معينة تأبى طبيعتها الخضوع لهذا المبدأ ؟ ، وهو ما نوضحه بشأن العقود القائمة على اعتبارات شخصية .

فسخ العقود القائمة علي إعتبارات شخصية

٩٦ - إستثني المشرع (م٦٢٣/١ تجاري جديد) العقود القائمة على إعتبارت شخصية بين المتعاقدين من مبدأ عدم الفسخ التلقائي للعقد نتيجة الحكم بإشهار إفلاس أحد طرفيه . وهذا ما إستقر عليه الرأي في ظل قانون التجارة الملغي ، حيث ذهب الفقه [١] إلى أن الإفلاس يؤدي حتما إلى فسخ هذه العقود بقوة القانون ولو لم يوجد نص في القانون يقرر ذلك ، لأن هذه العقود تقوم أساسا على الثقة التي يضعها كل متعاقد في شخص الآخر ، ويقصد أن يقوم هو بشخصه بتنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد ولا يقبل أن يقوم بها غيره بدلا منه. ولما كان الإفلاس يزعزع هذه الثقة ، حيث يترتب عليه آثار تتعلق بشخص المفلس ، مثل التحفظ على شخصه أو منعه من مغادرة البلاد وحرمانه من بعض الحقوق المهنية والسياسية . فضلا عن غل يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، لذا كان من المنطقي أن تنهار هذه العقود

---

(١) راجع : د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٥١٢ ، د/ حسنى المصرى ، المرجع السابق ، رقم ٢٣٠ ، د/ محمد سامى مدكور ، وعلى يونس ، المرجع السابق ، رقم ٣٠.

متي أفلس المدين في العقد ، حيث لا يمكنه تنفيذ إلتزاماته على نحو الذي وضعه المتعاقدان عند إبرام العقد ، لأنه لا مفرمن تدخل أمين التفليسة لتنفيذ هذه الإلتزامات نيابة عن المفلس وهو ما لا يرضاه الدائن بحكم المجرى العادي للأمور ، لتناقض ذلك مع الإعتبار الشخصي الذي يقوم عليه العقد .

٩٧ - إذا كان فسخ العقود القائمة على الإعتبار الشخصي intuitu personae نتيجة إفلاس أحد الطرفين لا يثير جدلا في وجود نص المادة ١/٦٢٣ سالفة الذكر إلا أن تحديد هذه العقود هو الذي يثير الخلاف غالبا ، لأنها عقود لا يمكن حصرها ، ومن ثم يترك القول بقيام أوعدم قيام العقد على الاعتبار الشخصي للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ، إذا ثار نزاع حول طبيعة العقد ، وهي تفصل في ذلك علي ضوء الظروف المحيطة بالعقد ومدى إرتباط تنفيذه بشخص المتعاقدين سواء بمقتضي طبيعة العقد أو بموجب شروطه [(١)] . ومع ذلك نجد أن المشرع قد اعتبر بعض العقودتقوم على الإعتبار الشخصي ومن ذلك عقد الشركة حيث نصت المادة ٥٢٨ من القانون المدني على أن " تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه " . وعقد التأجير التمويلي حيث نصت المادة ١٩ من قانون رقم

---

(١) راجع د/ محسن شفيق ، المرجع السابق، رقم ٥١٢.

٩٥ لسنة ١٩٩٥ على أنه " يعد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعذار إو إتخاذ إجراءات قضائية فى أي من الحالات الآتية : (ب) إشهار إفلاس المستأجر أو إعلان إعساره ..... على أنه يجوز للسنديك أن يخطر المؤجر بكاتب مسجل خلال ثلاثين يوما من تاريخ الحكم الصادر بإشهار الإفلاس برغبته في إستمرار العقد ، وفي هذه الحالة يستمر العقد قائما بشرط أداء القيمة الإيجارية في مواعيدها . وكذلك عقد الحساب الجاري compte courant حيث نصت المادة ٣/٣٦٩ من قانون التجارة الجديد على أنه " وفي جميع الأحوال يقفل الحساب الجاري بوفاة أحد طرفيه أو شهر إفلاسه أو إعساره أو الحجر عليه " .

ومن العقود التي إعتبرها الفقه تقوم على الإعتبار الشخصي : عقد الوكالة ، سواء كانت عادية أو وكالة بالعمولة ، وعقد فتح الإعتماد المصرفي la convention d'ouverture de crédit وعقود الائتمان عموما لأنها تقوم على الثقة المالية في العميل [١] وكذلك عقود الترخيص licences في إستعمال العلامة التجارية أو براءة الإختراع وعقود التوزيع القصرى .

---

(١) راجع د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٥١٤ ، ٥١٥ ، د/ حسنى المصرى ، المرجع السابق ، ص ٢٧٤.

ومن الجدير بالذكر أن الفسخ بقوة القانون يقتصر على العقود التبادلية القائمة على الإعتبار الشخصي والتى يقتضي تنفيذها تدخل أمين التفليسة بدلا من المفلس ، لأن تنفيذها يدخل في نطاق غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، وهي العقود التي تتصل بالذمة المالية للمفلس التي تمثل الضمان العام لدائنيه . أما العقود التي تقوم علي الإعتبار الشخصي مثل العقود المتعلقة بشخص المفلس أو العقود التي لا يحتاج تنفيذها إلى تدخل أمين التفليسة ، كأن يكون محل العقد إلتزام المفلس بأداء عمل يتصل بمجهوده الشخصي مثل إعداد دراسة جدوي أو إعداد ميزانيات أو العمل لدى الغير ، فهذه العقود لا يترتب على إشهار الإفلاس فسخها بقوة القانون ، لأنها لا تدخل فى نطاق غل اليد ، ومن ثم لا مانع من قيام المدين بأداء العمل بنفسه كما هو متفق عليه .

تقدير فسخ العقود القائمة على الاعتبار الشخصى

٩٨ - لا شك في أن تمسك المشرع بقاعدة الفسخ بقوة القانون للعقود الملزمة للجانبين وذلك نتيجة الحكم بإشهار إفلاس أحد طرفي العقد يحقق مصلحة الطرف الآخر، حيث يحترم رغبته في عدم إلزامه بتنفيذ العقد بتدخل شخص آخر ، (أمين التفليسة) لم يضع فيه ثقته . ولكن تطبيق هذه القاعدة غالبا ما يحقق ضررا أكبر سواء بالمصلحة العامة أو مصلحة الدائنين أو المفلس ، لأن هذه العقود تعتبر على درجة كبيرة من الأهمية في نشاط المفلس ، ومن ثم يؤدي فسخها بقوة القانون

إلى إضعاف فرصة نجاح الإستمرار في تشغيل تجارته إذا أذن قاضي التفليسة بذلك ، وخاصة إذا كان هذا النشاط يقوم أساسا على إستغلال ترخيص بإستعمال براءة إختراع أو علامة تجارية أو كان العقد من عقود التوزيع القصري لسلعة أو خدمة معينة ، كما لا تقل عقود الائتمان والحساب الجاري أهمية بالنسبة للمشروع عن العقود السابقة ، لأن الإستمرار في تشغيل متجر الملفس يكون في أشد الحاجة إلى الدعم والمساعدة خلال هذه المرحلة حتى تتحقق المصلحة التي صدر من أجلها إذن قاضى التفليسة بالإستمرار في التشغيل ، وإلا ما فائدة هذا الإذن وقد قطعت عن المشروع الموارد والوسائل الحيوية التي يمارس نشاطه من خلالها . هذا بالإضافة إلى أن فكرة الاعتبار الشخصى هي فكرة غير محددة imprécisé ، وبالتالى يصعب وضع حدود بهذا المبدأ الذي يقرر فسخها بقوة القانون نتيجة إفلاس أحد طرفي العقد . ومن الناحية الواقعية نجد أن شخصية التاجر تكون محل إعتبار في أغلب العقود التي تتعلق بنشاطه التجاري ، ومن ثم يؤدي السير في هذا الإتجاه إلى الفسخ بقوة القانون لعدد كبير من العقود التي تخدم نشاطه التجاري ، مما يحول دون تطبيق المادة ٦٥٤ من الناحية الواقعية ، وهذا ما لايهدف إليه المشرع ولا يحقق المصالح التي يهدف إليها من وراء الإذن بالإستمرار في تشغيل تجارة المفلس .

ولا نقول بذلك أن المشرع المصري قد وضع هذه القاعدة بدعا ،

ولكنها تعتبر تطبيقا للقواعد العامة ، وقد جرى عليها الرأي في الفقه والقضاء الفرنسيين منذ عهد بعيد ، رغم عدم وجود نص صريح بذلك أيضا ، ولكن نظرا لأنها لا تتلائم مع الإتجاه نحو الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس تحقيقا للمصلحة الدائنين أو المفلس ، فقد عدل القانون الفرنسي عن هذه القاعدة تلبية لنداء الفقه بضرورة عدم تطبيقها لكي يمكن نجاح الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس [١] .

وقد كان من الأفضل أن يترك المشرع المصري فسخ العقود التي تقوم علي الإعتبار الشخصي لتنطبق عليها قواعد الفسخ القضائي ، بحيث لا يقع الفسخ إلا إذا طلبه الطرف الآخر ، ويستطيع أمين التفليسة أن يتجنب الفسخ إذا قدم الضمانات التي ترى المحكمة أنها كافية لتحقيق ثقةالطرف الآخر في قدرة أمين التفليسة على تنفيذ الإلتزامات التي يرتبها العقد على عاتق المفلس ، فإذا لم يقدم هذا الضمان قضت المحكمة بفسخ العقد ، وهي في كل ذلك تأخذ في الإعتبار دور العقد وأهميته في تنفيذ إذن قاضي التفليسة بالاستمرار في تشغيل تجارة المفلس .

---

(١) راجع تفصيلا في ذلك : ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ١٤٩ ومابعدها ، وأيضا :
Jean - Luc HENAFF , La continuation des contrats dans la Faillite, thèse Metz , 1983 , P. 50 et s.

ومع ذلك ، وفي ظل هذه القاعدة التي أخذ بهاقانون التجارة المصرى الجديد ، ينبغي علي القضاء أن يطبق قاعدة الفسخ بقوة القانون للعقود القائمة على الاعتبار الشخصي في أضيق الحدود dans d'étroites timites حيث يقتصر تطبيقها علي العقود التي يظهر فيها الإعتبار الشخصي سواء بنص القانون أو بسبب طبيعة الرابطة العقدية du lien contractuel بين الطرفين [(١)]. وينبغي أن يؤخذ في الاعتبار الحالة التي يعين فيها المفلس لإدارة متجره خلال الفترة التمهيدية ، حيث يؤدي ذلك إلى التخفيف من زعزعة ثقة الطرف الآخر وزوال الإعتبارات الشخصية التى يقوم عليها العقد [(٢)].

ومن الجدير بالذكر أن القاعدة التي تقر الفسخ بقوة القانون لعقود القائمة على الاعتبار الشخصي نتيجة إفلاس أحد الطرفين لا تمنع أمين التفليسة الذي يحصل على إذن قاضيها بالإستمرار في تشغيل تجارة المفلس من الإتفاق مع الطرف الآخر في العقد علي الإستمرار في تنفيذه رغم شهر الإفلاس ، وفي هذه الحالة يكون الإعتبار الشخصي قد زال عن العقد بقبول تنفيذه بواسطة شخص آخر غير المفلس . ويجب على أمين التفليسة أن يحصل على إذن قاضيها لكي ينتج هذا الإتفاق أثره . ومع

---

(١) راجع ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ١٥٤.

(٢) راجع ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، ص ٦٧.

ذلك يجوز للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد إذا لم يف أمين التفليسة بالإلتزامات الناشئة عن العقد ، وفي هذه الحالة تنطبق القواعد العامة للفسخ القضائي المقررة في المادة ١٥٧ من القانون المدني .

القواعد الخاصة بعقد الإيجار المهني وعقد العمل .

٩٩ - نظر لأهمية عقد إيجار العقار الذي يمارس التاجر فيه نشاطه وكذلك عقد العمل الذي يربطه بالعاملين لديه ، فقد وضع المشرع قواعد خاصة بأثر الإفلاس علي هذين العقدين ، ولم يكتف بخضوعها للمبدأ العام الذي قررته المادة ٦٢٣ سالفة الذكر .

فبالنسبة لعقد إيجار العقار الذي يمارس التاجر فيه نشاطه .

١٠٠ - نصت المادة٦٢٤/١ من قانون التجارة الجديد على أنه " إذا كان المفلس مستأجرا للعقار الذي يمارس فيه التجارة فلا يترتب على صدور الحكم بشهر الإفلاس إنهاء الإجارة أو حلول الأجرة عن المدة المتبقية لإنقضائها . وكل شرط على خلاف ذلك يعتبر كإن لم يكن " . يتضح من ذلك أن المشرع لا يعتبر شهر إفلاس المستأجر سببا لإنهاء عقد إيجار العقار الذي يمارس فيه تجارته أو لحلول الأجرة عن المدة المتبقية حتى تاريخ إنقضاء الإجازة ، وذلك لأن الأصل هو عدم قيام عقد الإيجار على الاعتبار الشخصي[1] .

ويعتبر هذا الحكم إمتدادا لما تقرره المدة ٦٢٣/١ سالفة الذكر ، ولكن حرص المشرع على وضع حكم خاص بعقد إيجار العقار الذي

(١) راجع ، د/ فايز رضوان ، المرجع السابق ، رقم ١٢٣ ، ص ١٠٠٣.

يمارس المفلس فيه تجارته ، لأن المتعاقدان قد يصورانه على أنه من العقود التي تقوم على الإعتبار الشخصي ، ومن ثم يترتب على ذلك إهدر قيمة كل شرط علي خلاف ذلك وإعتبره كأن لم يكن .

ومن الجدير بالذكر أن ما تقرره المادة ١/٦٢٤ ينطبق سواء صدر إذن من قاضي التفليسة بالاستمرار في تجارة المفلس أم لم يصدر هذا الإذن ، لأن الغرض من ذلك هو المحافظة على إيجار العقار بإعتباره أحد عناصر متجر المفلس . ومع ذلك تبدو أهميته أكثر في حالة الإذن بالإستمرار في تشغيل متجر المفلس .

وزيادة من المشرع في المحافظة على متجر المفلس فقد واجهت المادة ٢/٦٢٤ الحالة التي يكون المؤجر قد بدأ فيها في التنفيذ على المنقولات الموجودة في العقار الذي يمارس التاجر فيه نشاطه ، بإعتبار أن هذه المنقولات هي محل الإمتياز المقرر لضمان الأجرة المتأخرة ، حيث رتب المشرع على صدور حكم الإفلاس وقف التنفيذ على هذه المنقولات ، طالما أنه لم يتم التنفيذ قبل صدور هذا الحكم . ويتم الوقف لمدة ستين يوما من تاريخ صدور حكم الإفلاس وهي قابلة للمد لمدة ثلاثين يوما أخرى بموجب أمر من قاضي التفليسة إذا رأي ضرورة لذلك . ولكي يحافظ المشرع على مصلحة المؤجر فلم يجعل وقف التنفيذ على المنقولات مانعا لحقه في إتخاذ الإجراءات التحفظية على

هذه المنقولات وفي طلب إخلاء العقار وفقا للقواعد العامة . وتعتبر مدة وقف التنفيذ على المنقولات الموجودة في العقار فرصة لأمين التفليسة لكي يتدبر أحوالها ويتخذ القرار المناسب بشأن عقد إيجار العقار ، حيث يجب عليه خلال هذه المدة أن يخطر المؤجر برغبته في إنهاء الإجارة أو الإستمرار فيها .

فإذا لم يعلن أمين التفليسة رغبته خلال المدة المحددة لوقف التنفيذ على المنقولات الموجودة في العقار ، فإن ذلك لايعني إنتهاء الإجارة بقوة القانون ،ولكن ما يترتب على ذلك هو إستئناف سير الإجراءات التنفيذ من النقطة التي وقفت عندها . ومع ذلك يجوز للمؤجر أن يرفع في مواجهة أمين التفليسة دعوى إنهاء الإجارة بسبب التأجير في دفع الأجرة طبقا للقواعد العامة .

أما إذا إختار أمين التفليسة إنهاء الإجارة فإنه يكون للمؤجر إمتياز لضمان الأجرة المستحقة له عن السنة السابقة على صدور حكم شهر الإفلاس وعن السنة الجارية ، وإذا بيعت المنقولات الموجودة في العين المؤجرة أو نقلت ظل المؤجر محتفظا بحقه في الإمتياز (م ٦١٧ تجاري جديد) .

فإذا قرر أمين التفليسة الإستمرار في الإجارة ، وجب عليه أن يدفع الأجرة المتأخرة وأن يقدم ضمانا كافيا للوفاء بالأجرة المستقبلة .

فإذا وجد المؤجر أن الضمان غير كاف ، فقد أجاز له المشرع أن يطلب من قاضي التفليسة إنهاء الإجارة ، وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إخطاره برغبة أمين التفليسة في الإستمرار في الإجارة (م ٣/٦٢٤ تجاري جديد) . ويخضع تقدير مدى كفاية الضمان الذي يقدمه أمين التفلبسة ، وبالتالي إجابة المؤجر إلى طلب إنهاء الإجارة للسلطة التقديرية لقاضي التفليسة ، حيث يمكنه رفض طلب إنهاء الإجارة إذا أكمل أمين التفليسة الضمان إلى الحد الكافي ولو بعد تقديم هذا الطلب. فإذا قام أمين التفليسة بدفع الأجرة المتأخرة وقدم الضمان الكافي للوفاء بالأجرة المستقبلة ،فإنه يترتب على ذلك إنتهاء إجراءات التنفيذ والإجراءات التحفظية أو إجراءات إخلاء العقار التى يكون قد إتخذها مؤجر العقار .

فإذا إستمرت إجارة العقار الذي يمارس فيه التاجر تجارته فلأمين التفليسة أن يستفيد منه بطلب الإذن بالاستمرار في تشغيل متجر المفلس أو أن يتركه مغلقا حتى يتحدد مصير التفليسة . ولكن نظرا لأن الخيار الأخير لا يفيد بل قد يضر، بالمفلس والدائنين ، حيث يترتب عليه إنصراف عملاء المتجر وبالتالي إنهيار قيمته ، ولذلك أجاز المشرع لأمين التفليسة بعد الحصول على إذن قاضي التفليسة أن يقوم بتأجير العقار من الباطن أو التنازل عن الإيجار وفقا للأحكام المنظمة للعلاقة بين المالك والمستأجر ولو كان المفلس ممنوعا من ذلك

بمقتضى عقد الإيجار بشرط ألا يترتب على ذلك ضرر للمؤجر (م٦٢٤/٤ تجاري جديد) .

أثر الإفلاس علي عقد العمل [١]

- نظم المشرع أثر إفلاس رب العمل على العقد الذي يربطه بالعاملين في متجره في المادة ٦٢٥ من قانون التجارة الجديد . ويتضح من هذا النص أن العقد لا ينتهي بقوة القانون رغم أنه من العقود التي تقوم علي الإعتبار الشخصي . ومع ذلك فقد أجاز المشرع للعامل ولأمين التفليسة إنهاء عقد العمل ، وفي هذه الحالة تختلف الآثار المرتبة علي ذلك تبعا لما إذا كان العقد محدد المدة أو غير محددالمدة.

١٠٢ - فإذا كان العقد غير محدد المدة [٢] ، فقد أجاز المشرع للعامل ولأمين التفليسة إنهاء العقد ، حيث يجب أن يوجه الطرف الذى يرغب فى إنهاء العقد إخطارا إلى الطرف الآخر يعتبر العقد منتهيا بإنتهاء المهلة المحددة في الإخطار [٣] .

فإذا قرر أمين التفليسة إنهاء عقد العمل فلا يجوز للعامل في هذه الحالة مطالبة التفليسة بالتعويض إلا إذا كان الإنهاء تعسفيا ، كأن

---

(١) راجع ، د/ فايز رضوان ، المرجع السابق ، رقم ١٢٣.

(٢) وطبقا للمادة ٢/٦٩٤ من القانون المدنى فإن مدة العقد تحدد بإتفاق الطرفين أو بنوع العمل أو بالغرض منه .

(٣) راجع المادة ١/٦٩٥ من القانون المدنى نظرا لعدم وجود نص فى قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ ، ولم ينص المشرع على مواعيد محددة للإخطار ومن ثم تخضع معقوليته لتقدير قاضى الموضوع .

يكون أمين التفليسة قد أنهى العقد رغم إستمرار تشغيل تجارة لمفلس وتعيين عامل آخر بدلا منه بذات الأجر وعلى نفس الدرجة من الكفاءة، حيث في هذه الحالة يستحق العامل إلى جانب التعويض الذي يكون مستحقا له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار ، تعويضا آخر عما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخا تعسفيا (م ٢/٦٩٥ مدني) .

أو كان إنهاء العقد بغير مراعاة مواعيد الإخطار ، بصرف النظر عما إذا كان الإنهاء تعسفيا أم لا ، حيث يلتزم أمين التفليسة بتعويض العامل عن مدة الإخطار أو عن المدة الباقية منه . ويشمل التعويض فوق الأجر المحدد الذي كان يستحق خلال هذه المدة جميع ملحقات الأجر التي تكون ثابتة ومعينة ، مع مراعاة ما تقتضي به القوانين الخاصة (م٦٩٥/١ مدني) ويكون للتعويض المستحق للعامل الإمتياز المقرر له قانونا .

١٠٣ - أما إذا كان عقد العمل محدد المدة ، فلا يجوز إنهاؤه إذا حصل أمين التفليسة على إذن بالإستمرار في تشغيل تجارة المفلس . أما إذا لم يحصل أمين التفليسة على هذا الإذن ، فإنه يجوز لأمين التفليسة إنهاء عقد العمل ، وفي هذه الحالة يجوز للعامل مطالبة التفليسة بالتعويض الذي يقدره القاضي طبقا للقواعد العامة المقررة في القانون المدني [1] . ويكون لهذا التعويض الإمتياز المقرر له قانونا .

---

(١) تنص المادة ٢٢١ على أنه " ١ - إذا لم يمكن التعويض مقدرا فى العقد أو بنص فى القانون فالقاضى هو الذى يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ==

المطلب الثاني

العقبات التي تواجه تطبيق مبدأ عدم فسخ العقود

١٠٤- إذا كان أمين التفليسة يتهدده خطر عدم الاستفادة من العقود القائمة على الإعتبار الشخصي عند الاستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، على النحو السابق ، فهل يوجد هذا الخطر أيصا إذا تضمن أحد العقود ، التي لا تقوم علي الإعتبار الشخصي ، شرطافاسخا صريحا بقوة القانون في حالة إفلاس أحد الطرفين ؟ إو إذا تمسك الطرف الآخر في مواجهة أمين التفليسة بالدفع بعدم التنفيذ ؟ . نتناول الإجابة على هذه التساؤلات كل على حدة فيما يلي .

اولا : مصير العقود التي تتضمن شرطا فاسخا بقوة القانون .

١٠٥ - أجازت المادة ١٥٨ من القانون المدني لطرفى العقد الملزم للجانبين أن ينظما فسخ هذا العقد بالاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوحا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي أو إعذار في حالة عدم وفاء أحدهما بالتزاماته ، وإذا لجأ أحد الطرفين إلى القضاء فإن

== بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول . ٢ - ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت العقد " .

القاضي لا يتمتع بسلطة تقديرية بشأن الحكم بالفسخ . ،لكن تنحصر سلطته في التحقق من عدم الوفاء بالإلتزامات ، فإذا ثبت هذا الإخلال ، فإنه يجب على المحكمة القضاء بالفسخ ، ويكون حكمها في هذه الحالة مقررا لفسخ العقد وليس منشئا له [١]. ويعرف الفسخ الذي ينص عليه هذا الشرط الصريح في العقد بالفسخ الإتفاقي [٢]، وهو يختلف عن الفسخ القضائي الذي يقوم على الشرط الفاسخ الضمني الذي يوجد في جميع العقود الملزمة للجانبين ، الذي تتمتع المحكمة في القضاء به بسلطة تقديرية واسعة طبقا للقواعد المقررة في المادة ١٥٧ من القانون المدني ، ويعتبر حكم المحكمة منشئا للفسخ لا مقررا له [٣].

وقد يتضمن أحد العقود الملزمة للجانبين التي يكون المفلس طرفا فيها ، ولا يقوم على الإعتبار الشخصي [٤] ، شرطا فاسخا صريحا من هذا النوع ينص علي أنه في حالة إفلاس أحد المتعاقدين يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي ولا إعذار [٥]، وهنا

---

(١) راجع د/ السنهورى ، المرجع السابق ، جـ١ ، المجلد الأول العقد ، طبعة ١٩٨١ ، رقم ٤٨٤ ، ص ٩٨٩ .

(٢) وطبقا للمادة ١٥٨ يتدرج هذا الشرط من الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، إلى النص على اعتبار العقد كذلك دون حاجة إلى حكم قضائى وأخيرا إلى أقصى درجة وهى اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى أو اعذار .

(٣) راجع تفصلا د/ السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٩٥٣ ومابعدها .

(٤) لأن هذه العقود تنفسخ بقوة القانون بسبب شهر الإفلاس على النحو سالف البيان ، راجع رقم ٩٩ .

(٥) لأنه لو كان الاعذار مطلوباً فإن ذلك يفتح لأمين التفليسة فرصة تجنب الفسخ بالقيام بتنفيذ الالتزامات التي يفرضها العقد على المفلس والتى لم يقم بتنفيذها حتي تلقى الإعذار .

يثور التساؤل عن مدي فعالية هذا الشرط ، وخاصة في ظل المادة ٦٢٣ من قانون التجارة الجديد التي خولت لأمين التفليسة الحق في اختيار تنفيذ أو عدم تنفيذ العقود الملزمة للجانبين التي يكون المفلس طرفا فيها ولم يتم تنفيذها حتى صدر الحكم بشهر إفلاسه ، حيث لايترتب على مجرد صدور هذا الحكم فسخ هذه العقود طالما لا تقوم على إعتبارات شخصية . فهل يؤدي هذا الشرط إلى فسخ العقد بقوة القانون لمجرد شهر الإفلاس كماهو متفق عليه ؟ أم أن نص المادة ٦٢٣ سالفة الذكر يعطل أثر هذا الشرط ، ومن ثم يظل لأمين التفليسة ممارسة حق الإختيار المقرر في هذه المادة بشأن العقود الملزمة للجانبين التى لاتقوم على الإعتبار الشخصي بطبيعتها ؟

بداية نود القول بأنه إذا وضع هذا الشرط في العقد بغرض الإعلان عن قيام العقد على الإعتبار الشخصي ، ففى هذه الحالة تنطبق قاعدة الفسخ التلقائي بسبب إفلاس أحد الطرفين باعتبار العقد يقوم على اعتبارات شخصية . أما إذا كان الغرض من الشرط هو تجنب تطبيق قواعد الفسخ القضائى وإجراءاته فهذه هي الحاله التي يدور بشأنها البحث .

ذهب الرأي [١] ، قبل صدور قانون التجارة الجديد، وهذا ما كان عليه الرأي في فرنسا قبل صدور قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ [٢]، إلى القول

---

(١)راجع د/ حسنى المصرى ، المرجع السابق ، رقم ٢٣٣.

(٢) راجع ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص١٥٥ ومابعدها ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ص٣٨ ومابعدها .

بصحة هذا الشرط الفاسخ بقوة القانون la claues résolutoire de plein droit إحتراما لحرية التعاقد ، وبالتالى يترتب عليه فسخ العقد بمجرد إشهار الإفلاس ، ومن ثم لا يجوز للسنديك أن يعرض على الطرف الآخر تنفيذ الإلتزامات التى لم ينفذها المفلس ، حتى يتجنب فسخ العقد ، ومع ذلك لا يمنع هذا الشرط الطرف الآخر من مطالبة السنديك بتنفيذ العقد لأن الفسخ مقرر لمصلحة الطرف الآخر ، ومن ثم يجوز له التنازل عنه والمطالبة بالتنفيذ [1]، فإذا إمتنع السنديك عن التنفيذ ، جاز للطرف الآخر طلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتض .

١٠٦ - ولكن بعد صدور قانون التجارة الجديد الذي وضع مبدأ عدم فسخ العقود الملزمة للجانبين التي يكون المفلس طرفا فيها ، وقرر لأمين التفليسة الحق في إختيار تنفيذ أو عدم تنفيذ هذه العقود أو الإستمرار في تنفيذها إذا كان المفلس قد بدأ في التنفيذ قبل الحكم بإشهار إفلاسه ، فإن تطبيق هذا المبدأ يقتضي عدم الإحتجاج بالشرط الفاسخ الصريح بحكم القانون الذي تتضمنه هذه العقود في مواجهة جماعة الدائنين ، لأن المشرع لا يرتب على الحكم بشهر الإفلاس فسخ هذه العقود (م٦٢٣ تجاري جديد) . ولما كان هذا النص من النصوص الآمرة المتعلقة بالنظام العام d'ordre public فإنه لا يجوز الإتفاق

---

(١) راجع د/ السنهورى ، المرجع السابق ، رقم ٤٨٥ ص ٩٩٢.

على ما يخالفه . وعلى ذلك لا يجوزتعطيل حق الإختيار المقرر لأمين التفليسة نتيجة إعمال أثر الشرط الفاسخ الصريح الذي يتضمنه العقد . حيث أن فسخ العقد نتيجة إشهار الإفلاس يؤدي إلى الإضرار بالمفلس وبالدائنين وبالمصلحة العامة ، لأنه يحول دون إمكان الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ممايؤدي إلى انهيار المحل التجاري نتيجة التوقف المفاجئ للنشاط ، وهذا ما حاول المشرع تجنبه ، سواء عن طريق منح قاضي التفليسة سلطة الإذن بالإستمرار في تشغيل متجر المفلس تحقيقا للمصلحة العامة أو مصلحة الدائنين أو المفلس ، وسواء عن طريق النص صراحة على أنه " إذا كان المفلس مستأجرا للعقار الذي يمارس فيه التجارة فلا يترتب على صدور الحكم بشهر الافلاس إنهاء الإجارة أو حلول الأجرة عن المدة المتبقية لإنقضائها ، وكل شرط على خلاف ذلك يعتبر كأن لم يكن " (م٦٢٤/١ تجاري جديد) ، ومقتضى ذلك أن المشرع يريد المحافظة علي المحل التجاري الذي يمارس فيه المفلس نشاطه ، ولذلك قرر استمرار عقد إيجار العقار الذي يوجد فيه هذا المحل ، ولكى يضمن فاعليه ذلك قرر إعتبار الشرط الفاسخ الصريح الذي يتضمنه عقد إيجار العقار كأن لم يكن ، وكذلك الشرط الذي يقرر حلول الأجرة المتبقية حتى نهاية مدة العقد في حالة إشهار إفلاس المستأجر .

ولا شك في أن نص المادة (٦٢٣ تجاري جديد) يمثل حماية

للدائنين protection des créanciers حيث يمنع بعض الدائنين من أن يجعلوا لأنفسهم مركزا يخل بمبدأ المساواة بين الدائنين الذي يقوم عليه نظام الإفلاس وذلك بمقتضى الشرط الفاسخ بسبب شهر الإفلاس الذي يتضمنه العقد ، وهذا بالإضافة إلي أنه لاينبغى النظر إلى المادة ٦٢٣ سالفة الذكر في إطار ضيق dans le cadre étroit باعتبارها وسيلة لحل تعارض المصالح بين الدائنين ، ولكن يجب النظر إليها علي أنها قاعدة تضع حلولا للتنازع les conflits الذي يمكن أن ينشأ بين المصالح الخاصة des intérêt particuliers وبين الضرورات التي يقتضيها تحقيق أهداف المشرع من نظام الإفلاس [١] . حيث لا يرى المشرع في مجرد صدور الحكم باشهار الإفلاس نقطة نهاية لنشاط المفلس ، ولكنه يخضعه لمجموعة من الإجراءات خلال المرحلة التمهيدية التي تسبق جلسة الصلح التي يتحدد فيهامصير التفليسة ، إما بالصلح وعودة المفلس إلى متابعة نشاطه وإما بالإتحاد الذي تصفى فيه أموال المفلس . وتحقيق أهداف هذا التنظيم يقتضي ألا يترتب على الحكم بشهر الإفلاس فسخ العقود الملزمة للجانبين التي يكون المفلس طرفا فيها ، كما قررت المادة ١/٦٢٣ سالفة الذكر ، ومع ذلك ينبغي عدم إلزام أمين التفليسة بتنفيذ هذه العقود إذا كانت لا تحقق مصلحة جماعة الدائنين ، ولذلك منح المشرع في الفقرة الثانية من هذه المادة

(١) فى هذا المعني راجع ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ١٥٨.

لأمين التفليسة حق الإختيار بين تنفيذ أو عدم تنفيذ هذه العقود وفى مقابل ذلك قرر للطرف الآخر ، فى حالة عدم قيام أمين التفليسة بتنفيذ العقد الحق في طلب الفسخ والإشتراك في التفليسة كدائن عادي بالتعويض المترتب علي الفسخ ، إلا إذا نص على إحتفاظ التعويض بالإمتياز المقرر له . فهذا التنظيم الذي وضعه المشرع بموجب المادة ٦٢٣ يتعلق بالنظام العام ، ومن ثم لا يجور الاتفاق على ما يخالفه ، سواء صراحة أو ضمنا ، ولا شك أن الشرط الفاسخ الصريح بحكم القانون الذي يتضمنه العقد سيكون من شأنه تعطيل تطبيق النص سالف الذكر ، وحرمان أمين التفليسة من إستعمال حق الإختيار الذي قرره المشرع على النحو سالف البيان .

ومن الجدير بالذكر أن القول بعدم نفاذ هذا الشرط الفاسخ في مواجهة جماعة الدائنين لا يقتصر على الحالة التي يأذن فيها قاضي التفليسة بالإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، وإن كانت فائدة وأهمية ذلك أوضح في هذه الحالة ، ولكنه ينطبق أيضا ولو لم يصدر هذا الإذن بالإستمرار في التشغيل ، لأن ذلك يمنح أمين التفليسة فرصة المحافظة على مصلحة الدائنين والمفلس ، حيث يمكنه إختيار تنفيذ العقودالهامة التي يؤدي فسخها إلى الإضرار بالدائنين ، إذا دخل الطرف الآخر في التفليسة بالتعويض عن الفسخ ، وقد يكون التنفيذ مفيدا للمفلس إذا كان تنفيذ العقد ضروريا للمحافظة على قيمة المحل التجاري الذي يمارس فيه نشاطه .

ثانيا: *الدفع بعدم التنفيذ .*

١٠٧ - عندما يستعمل أمين التفليسة حق الإختيار المقرر له بموجب المادة ٢/٦٢٣ من قانون التجارة الجديد ويطالب الطرف الآخر بتنفيذ أحد العقود الملزمة للجانبين التي كان المفلس طرفا فيها ، فإنه يثور التساؤل عن مدى حق الطرف الآخر في التمسك في مواجهة أمين التفليسة بالدفع بعد التنفيذ l'exeception d'inexécution .
وتبدو أهمية هذا التساؤل في الحالة التي يكون الطرف الآخر قد بدأ فيها تنفيذ العقد قبل إشهار الإفلاس ومع ذلك لم ينفذ المفلس إلتزاماته خلال هذه الفترة ، ويتحقق ذلك في العقود المستمرة التي يتم تنفيذ جزء منها قبل الحكم بإشهار الإفلاس ، فهل حق أمين التفليسة في مطالبة الطرف الآخر بالإستمرار في تنفيذ العقد يتوقف على الوفاء بالإلتزامات التي لم ينفذها المفلس قبل شهر الإفلاس ؟ أي هل يجوز له أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة أمين التفليسة ، وبالتالي يجوز له طلب فسخ العقد إذا لم يقم أمين التفليسة بتنفيذ مالم يُنفذه المفلس ؟

بداية يمكن القول بأن الإعتراف للطرف الآخر بحق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للالتزامات التي يجب على أمين التفليسة الوفاء بها بعد أن يقرر تنفيذ العقد أو الإستمرار في تنفيذه لا يثير خلافا ،حيث قرر المشرع (م٢/٦٢٣ تجاري جديد) أنه إذا لم ينفذ أمين التفليسة

العـقـد أو لم يسـتـمـر في تنفـيـذه جـاز للطرف الآخـر أن يطلب الفـسخ، ومقـتـضي هذا النص يخول الطرف الآخر أيضـا أن يتـمـسك بالدفع بعدم التنفيذ قبل أن يطلب الفسخ ، ويعتبر ذلك تطبيقا للقواعد العامة التي تجيـز لكل من المـتـعـاقـدين أن يمتنع عن تنفيـذ إلتزامـه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما إلتزم بـه ، وذلك في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء (م١٦١ مدني مصري) .

أما تمسك الطرف الآخر بالدفع بعدم التنفيذ بناء على الإلتزامات التي لم ينفذها المفلس قبل إشهار إفلاسه ، كعدم دفع ثمن الدفعات التي سبق توريدها تنفيذا للعقد ، فإنه أثار خلافا قديما في فرنسا [١] ، لأن الحديث بشأنه يتنازعه مجموعة من المبادئ التي يؤدي تطبيقها إلى إختلاف الإجابة على هذا التساؤل ما بين الإيجاب والنفي .

فبالنسبة لمن يؤيدون حق الطرف الآخر في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا امتنع السنديك عن سداد المتأخرات فهم يستندون إلى مبدأ القوة الملزمة للعقود le principe de la force obligatoire des contrats الذي يجعل من العقد شريعة المتعاقدين ، ومن ثم لايجوز نقضه ولاتعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها

---

(١) راجع تفصيلا في هذا الخلاف في الفقه الفرنسي قبل صدور القانون الجديد في ٢٥ يناير ١٩٨٥ ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، ص ١٧٩ ومابعدها .

القانون ، وهم يُغلبون faire prédominer هذا المبدأ على مبدأ المساواة بين الدائنين le principe de l'égalité des créanciers الذي يقوم عليه نظام الإفلاس ، حيث يرون أن هذا المبدأ لا ينطبق إلا إذا كان من شأن التصرف أن يضر بمصلحة جماعة الدائنين ، وهو ما لا يتحقق في حالة دفع المتأخرات ، لأن دفعها يعتبر وسيلة ضرورية لإستمرار نشاط المشروع ، ولأن الوفاء بهذه المتأخرات يمنع الطرف الآخر من طلب فسخ العقد وبذلك لايعرقل نشاط المشروع ، وخاصة إذا كان العقد من العقود الضرورية والهامة لإستمرار النشاط ، وهذا بالإضافة إلي أن القول بغير ذلك يضر بالطرف الآخر ، لأنه يعرضه لمخاطر كثيرة تتمثل في عدم حصوله على المتأخرات وإلزامه بالإستمرار في تنفيذ العقد ، ولا شك أن ذلك يؤدي إلى عدم التوازن الإقتصادي للعقد déséquilibre économique ، الذي يقتضي أن يقوم أمين التفليسة بتنفيذ العقد كاملا l'exécution intégrale ولا يقتصر على تنفيذ جزء منه ، ويفترض أن عدم قابلية العقد للتجزئة intellectuellement indivisible قد قامت في ذهن المتعاقدين عند التعاقد (٢) .

---

(١) راجع المادة ١٤٧ مدنى مصرى والمادة ١٣٤ مدني فرنسي .
(٢) راجع جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، ص ١٩٣.

إما بالنسبة لمن يعاضون حق الطرف الآخر في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، فيرون أن مطالبة أمين التفليسة بسداد الديون المتأخرة تعتبر إخلالا مبدأ المساواة بين الدائنين الذي يقوم عليه نظام الإفلاس ، ويقتضي عدم الوفاء بالديون السابقة على صدور حكم إشهار الإفلاس ، حيث يجب أن يتقدم بها الدائن في التفليسة . ولا يقبل الإعتراض على ذلك على أساس عدم قابلية العقد للتجزئة ، لأن عدم التجزئة التي يعول عليها في هذا المجال هي عدم تجزئة الإلتزامات وليس عدم تجزئة العقد l'indivisibilité du contrat ، وعلي ذلك لا يجوز الدفع بعدم التنفيذ طالما كانت الإلتزامات قابلة للتجزئة la divisibilité des obligation وينطبق ذلك على العقود المستمرة ، لأن تنفيذها يترتب عليه نشأة ديون متتابعة de naissances successive de creances وبالتالي يكون إستحقاقها متتابعا une exigibilité successive ، بما يعني قابلية هذه الأداءات الناشئة عن العقد للإنقسام ماديا à la divisibilité matérielle de ses prestations، ومن ثم يدخل الطرف الآخر في التفليسة بالديون السابقة على إشهار الإفلاس ، أما الديون اللاحقة فيلتزم أمين التفليسة بدفعها في مواعيدها .أما إذا كانت الإلتزامات الناشئة عن العقد غير قابلة للتجزئة فلا مفر من الإعتراف للطرف الآخر بحق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، ويذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن مبدأ المساواة بين الدائنين يقتضي تفسير قواعد عدم تجزئة الإلتزامات تفسيرا ضيقا،

بحيث يقتصر تطبيقها علي عدم القابلية للتجزئة التي تقتضيها طبيعة الإلتزامات l'indivisibilité naturelle absolue ، مثل الإلتزام ببناء عقار والإلتزام الناشئ عن عقد جماعي للمقاولين entrepreneurs ، ومن ثم لا يحتج على جماعة الدائنين بعدم القابلية للتجزئة الإتفاقية l'indivisibilité conventionnelle التي تنشأ بموجب شرط في العقد يقرر عدم قابلية الإلتزامات التي على عاتق طرفيه للتجزئة بما يسمح لأيهما أن يدفع بعدم التنفيذ ويطلب فسخ العقد [1].

ويبدو الرأي الأخير جدير بالتأييد ، لأنه يدعم الاتجاه نحو الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس . كما أنه يتفق مع مقتضي المادة ٦٢٣ من قانون التجارة المصري الجديد التي لم تربط حق أمين التفليسة في مطالبة الطرف الأخر بتنفيذ العقد الساري وقت صدور حكم إشهار الإفلاس بإلتزامه بأن يدفع للطرف الآخر ما وعده المدين بدفعه قبل صدور هذا الحكم ، وهي المتأخرات [2]. هذا بالإضافة إلى أن السماح للطرف الآخر بالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة أمين التفليسة من شأنه أن يعطل حق الإختيار المقرر بموجب المادة ٦٢٣

---

(١) راجع جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، ص ١٩٦ ومابعدها .

(٢) وهذا ما قرره المشرع الفرنسى فى المادة ١/٣٨ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧.

سالفة الذكر ، وهي من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام كسائر قواعد الإفلاس .

١٠٨ - إذا كان المشرع المصري قد وضع في قانون التجارة الجديد قاعدة عامة تحدد مصير العقود الملزمة للجانبين التي يكون المفلس طرفا فيها ، وقرر أنه لا يترتب على مجرد صدور الحكم بشهر الافلاس فسخ هذه العقود ، إلا إذا كانت قائمة على اعتبارات شخصية، ثم وضع بعض القواعد الخاصة بإستعمال أمين التفليسة حق الاختيار بين تنفيذ أو عدم تنفيذ هذه العقود الملزمة للجانبين التي يكون المفلس طرفا فيها ، إلا أن هذا التنظيم التشريعى ليس متكاملا بالصورة التي تساعد علي حل المشكلات التي تظهر عند الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس خلال الفترة التمهيدية ، وخاصة ما يتعلق بالشرط الفاسخ الصريح بقوة القانون الذي يتضمنه العقد ، ومدى حق الطرف الآخر في العقد في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الإلتزامات السابقة على حكم الإفلاس ، وقد يكون عذر المشرع المصري أنه لم يعط للإستمرار في تشغيل تجارة المفلس خلال هذه المرحلة العناية التي تجعله ينظم أحكامها بصورة كافية ، وذلك على عكس ما فعل المشرع الفرنسي ، وهو ما نتناوله في المطلب التالي .

المطلب الثالث

مصير العقود السارية

وقت صدور الحكم في القانون الفرنسي

التطور التشريعي :

١٠٩- تطورت القواعد التي تحدد مصير العقود المستمرة les contrats en cours التي يكون المفلس طرفا فيها - ولم يتم تنفيذها حتي تاريخ صدور حكم الإفلاس - تطورا طرديا مع فكرة الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس خلال الفترة التي تبدأ من تاريخ صدور الحكم وحتي تحديد مصير التفليسة (١) .

أولا : قبل عام ١٩٦٧ لم يهتم المشرع الفرنسي بوضع قاعدة عامة تحدد مصير هذه العقود ، وإنما إقتصر الأمر على بعض القواعد الخاصة بتحديد أثر إشهار الإفلاس بالنسبة لعقود معينة ، كعقد إيجار العقار الذي يمارس فيه التاجر نشاطه وعقد التأمين وعقد النشر وعقد الشركة وعقد الوكالة . وفيما عدا هذه القواعد الخاصة كانت تطبق القواعد العامة التي لا تجعل من مجرد الإفلاس سببا لفسخ العقود الملزمة للجانبين التي يكون المفلس طرفا فيها ،إلا إذا كانت قائمة على إعتبارات شخصية . ومن ثم يكون للسنديك الحق في تنفيذ العقود المفيدة avantageux وعدم تنفيذ العقود عالية التكلفة onéreux

---

(١) راجع تفصيلا فى ذلك ، إمانول جوفن ، المرجع السابق ، ص ٤٨ ومابعدها .

وقد كان تطبيق القواعد العامة أيضا يعطي فاعلية كاملة للشرط الفاسخ الصريح la clause resolutoire expresse للعقد في حالة إفلاس أحد طرفيه [(١)] .

١٠٩ - ثانيا : في ظل قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ ، وحيث بدأ الإصلاح الشامل لنظام الإفلاس والإتجاه نحو الفصل بين مصير المشروع ومصير المفلس أو مدير المشروع ، مما إستلزم المحافظة على المشروع القابلة للحياة ، ومن ثم وضع القواعد التي تكفل إستمرار نشاط هذا المشروع [(٢)] . وتحقيقا لذلك صدر القانون رقم ٥٦٣ في ١٣ يوليو ١٩٦٧ بشأن التسوية القضائية وتصفية الأموال والإفلاس الشخصي الذي نصت المادة ٣٨ منه على منح السنديك في حالة التسوية القضائية أو تصفية الأموال الحق في طلب d'exiger تنفيذ العقود السارية des contrats en cours نظير إلتزامه بأداء التعهدات التي إلتزم بها المفلس تجاه الطرف الاخر . فإذا لم يستعمل السنديك حق الإستمرار في تنفيذ العقد ، فإن عدم التنفيذ يخول الطرف الآخر الحق في طلب التعويض ، وفي هذه الحالة يشترك الطرف الآخر في التفليسة بقيمة هذا التعويض . ولكنه يلتزم بأن يرد إلى التفليسة ما

---

(١) راجع ، ريجو موليـر ، المرجع السابق ، ص ٥٠ ومابعدها ، جان ليلك هيناف ، المرجع السابق ، رقم ٣١.

(٢) راجع ما سبق ، رقم ١٧ .

سبق أن حصل عليه تنفيذا لهذا العقد ، إلا إذا حصل علي إذن من المحكمة المختصة بنظر دعوى الفسخ المقامة ضد السنديك ، بتأجيل الرد حتى يتم الفصل في طلب التعويض .

وقد آثار نص المادة ٣٨ سالفة الذكر مشكلات عديدة في التطبيق تنيجة ما به من قصور imperfection جعله غير قادر على حل المشكلات التي تواجه الاستمرار في تشغيل النشاط ، حيث لم يتضمن حكما صريحا يحدد مصير العقود التي تقوم على الإعتبار الشخصي intuitu personae ، ومن ثم وقع الإختلاف بشأن خضوعها لحكم المادة ٣٨ ومدي حق السنديك في مطالبة الطرف الآخر في الإستمرار في تنفيذها . حيث ذهب الرأي السائد إلى القول بأنه طالما أن المشرع لم ينص صراحة علي فسخ هذه العقود نتيجة إفلاس أحد طرفيها فإن ذلك يعني رغبته في الإحتفاظ بما كان عليه الرأي من قبل ، ومن ثم تنفسخ هذه العقود بقوة القانون بمجرد صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي ، وبالتالي لا يجوز للسنديك أن يطالب الطرف الآخر بتنفيذ أو الإستمرار في تنفيذ هذه العقود ، مثل عقد الحساب الجاري وعقود الائتمان عموما وعقود الترخيص [١].

(١) راجع تفصيلا : جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، ص ٥٠-٦١ ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ١٤٩-١٥٢ ، وأيضا:
Philippe PETEL, Le sort des contrats conclus avec L'entreprise en difficulte , J. C. P. , ed . G. , 1992 , I Doc. , P. 126.

ونظرا للنتائج السيئة les conséquences désastreuses لهذا الرأى على نجاح تحقيق الهدف الذي يرمي المشرع إلي تحقيقه من وراء الاستمرار في تشغيل النشاط ، وهو إنقاذ المشروع القابل للحياة ، فقد إنتقد جانب من الفقه الأخذ بالرأي السابق على إطلاقه ، ونادي بضرورة تطبيق هذه القاعدة في أضيق الحدود ، وأن يترك أمر فسخ العقود القائمة علي إعتبار الشخصي لأدارة الطرف الآخر ، حيث ينبغي ألا تنفسخ بقوة القانون وإنما تخضع لقواعد الفسخ القضائي .

وذهب البعض إلي تطبيق قاعدة الفسخ في حالة تصفية الأموال فقط ، أما في حالة التسوية القضائية ، حيث لا تغل يد المدين وإنما يظل على رأس المشروع فلا ينفسخ العقد نظرا لعدم تأثر الاعتبار الشخصي [١] .

ومن المشكلات التي أثارها تطبيق المادة ٣٨ سالفة الذكر أيضا أنها لم تتضمن حكم الشرط الفاسخ الصريح الذي يتضمنه العقد الذي يربط بين المفلس والغير والذي يقضي بإعتبار العقد مفسوخا بقوة القانون بمجرد صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي ، وقد ذهب البعض[٢] إلى القول بصحة هذا الشرط والإحتجاج به على جماعة الدائنين ، ومن ثم يترتب على صدور الحكم فسخ العقد بقوة القانون

---

(١) راجع تفصيلاً : ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ١٥٢ - ١٥٤ ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، ص ٦١ - ٦٧.

(٢) راجع :

Andree BRUNET , Masse des créanciers et créanciers de la masse , thèse Nancy II , 1937 , p. 163. N. 115.

resilie de plein droit ، وذلك باعتبار هذا الشرط تطبيقا للقواعد العامة للفسخ الإتفاقي ومبدأ الحرية التعاقدية le principe de la liberté des conventions . كما إستند أصحاب هذا الرأي إلى القول بأنه طالما أن المشرع ينص على بطلان الشرط الفاسخ ، في حالة الافلاس ، بالنسبة لبعض العقود ، فإن ذلك لا يعطي المادة ٣٨ مضمون عام de portée générale ينطبق على كافة العقود ، وإلا ما استلزم الأمر وجود هذه القواعد الخاصة .

ومع ذلك ذهب الرأي السائد في الفقه [١] إلي القول بعدم الاحتجاج على جماعة الدائنين بالشرط الفاسخ الصريح بقوة القانون الذي يتضمنه العقد الساري وقت صدر حكم إفتتاح الإجراء الجماعي ، لأن نص المادة ٣٨ يتعلق بالنظام العام وقد جاءت صياغته بصيغة عامة توضح رغبة المشرع في مد نطاق تطبيقه على جميع العقود . كما أن القول بصحة هذا الشرط يؤدي إلى نتائج تتعارض مع قواعد الإجراء الجماعي ، حيث يمنح للدائنين السابقين على صدور الحكم أفضلية تتعارض مع مبدأ المساواة بين الدائنين ، فضلا عن أن من شأن فسخ هذه العقود بقوة القانون تعطيل الإستمرار في نشاط المشروع . وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الرأي حيث قررت أن حق الإختيار

---

(١) راجع تفصيلاً ، جان لبك هيناف ، المرجع السابق ، ص ٤٢ - ٤٩ ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ - ١٦٠.

المقرر للسنديك بموجب المادة ١/٣٨ يجوز استعماله رغم وجود الشرط الفاسخ بقوة القانون المشترط في العقد nonobstant la clause de resiliation de plein droit stipulée [١] .

١١١ - **ثالثا : في ظل القانون ٩٨ لسنة ١٩٨٥ بشأن الإصلاح** والتصفية القضائية للمشروعات ، أصبح إستمرار نشاط المشروع عنصرا أساسيا un element essentiel في إجراء الإصلاح القضائي الذي يهدف إلي إنقاذ المشروع la sauvegard de l'entreprise [٢]، ولذلك حاول المشرع أن يقضي على المشكلات ويتجنب العيوب les imperfections والإنتقادات les critiques التي وجهت إلى المادة ٣٨ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ سالفة الذكر ، الخاصة بتحديد مصير العقود السارية وقت صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي[٣]. وتحقيقا لذلك نصت المادة ٣٧ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ سالف الذكر علي أنه " **١ - للمدير القضائي وحده الحق في طلب la prestation d'exiger تنفيذ العقود السارية والوفاء للمتعاقد الآخر بالأداء الذي**

---

(١) راجع :

cass. com 17 Mars 1975 , Rev. Tri. dr. com. 1975 , p. 637 , No. 18 , obs. HOUIN et Le GALL.

(٢) راجع ما سبق ، ص ٤٣ ومابعدها .

(٣) راجع ، ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٤٦ ، وتفصيلا أكثر لدى إمانول جوفن فى مؤلفه مصير العقود السارية فى المشروعات الخاضعة للاجراء الجماعى ، السابق الاشارة إليه ، ص ٨٣ ومابعدها .

وعد به المدين . ويفسخ العقد بقوة القانون de plein droit بعد الإعذار الذي يوجه إلى المدير ولم يرد عليه لمدة تزيد على شهر ، ويجوز للقاضي المنتدب le juge commissaire قبل انقضاء هذه المدة من أن يحدد للمدير مدة أقصر أو يمنحه مدة أطول ، لا تتجاوز ثلاثة اشهر ، لتحديد موقفه من العقد .

٢- إذا كان محل الأداء الذي وعد به المدين هو دفع مبلغ من النقود ، فيجب على المدير القضائي أن يدفعه فوراً au comptatn إلا إذا حصل المدير القضائي على موافقة المتعاقد مع المدين على آجال للوفاء de delais de paiement . بموجب المستندات التقديرية previsionnels التي يحوزها ، يلتزم المدير القضائي ، إذا طلب التنفيذ ، بتوفير الأموال اللازمة لهذا الغرض ، إذا تعلق الأمر بعقد يجري تنفيذه أو بالوفاء على أقساط لمستحقات المتعاقد الآخر ، فإن النشاط يتوقف إذا ظهر أن المدير القضائي لا يحوز الأموال اللازمة للوفاء بالإلتزامات المستحقة خلال الفترة اللاحقة .

٣- في حالة عدم الوفاء طبقا للشروط المقررة في الفقرة السابقة ، وعدم الإتفاق مع المتعاقد الآخر على إستمرار العلاقات التعاقدية ، ينفسخ العقد بقوة القانون ، ويجوز للنيابة العامة أو المدير القضائي أو ممثل الدائنين أو المراقب أن يطلب من المحكمة إنهاء فترة المراقبة .

٤- يلتزم المتعاقد الآخر بالوفاء إلتزاماته الناشئة عن العقد رغم

عدم تنفيذ المدين لتعهداته السابقة على صدور حكم إفتتاح الإجراء . ولا يمنع عدم تنفيذ هذه التعهدات للدائنين إلا حق التقدم إلى التفليسة بهذه الديون .

٥- وإذا لم يستعمل المدير القضائي الحق في استمرار العقد ، فإن عدم التنفيذ يخول للطرف الآخر الحق في طلب تعويض الضرر الناشئ عن الفسخ ، ويدخل به كدائن في التفليسة . ومع ذلك يجوز للطرف الآخر تأجيل رد المبالغ التي حصل عليها من المدين قبل ذلك تنفيذا للعقد حتى يحكم في دعوى التعويض .

٦- على الرغم من كل قاعدة قانونية أو شرط إتفاقي ، فإن أي عدم قابلية للإنقسام indivisibilité أو إنهاء resiliation أو فسخ resolution للعقد لا يمكن أن يترتب فقط على صدور الحكم بإفتتاح إجراء الإصلاح القضائي .

٧- ولا تنطبق القواعد المقررة في هذه المادة على عقود العمل "

يتضح من هذا النص أن المشرع الفرنسي قد نظم مصير العقود السارية وقت صدور حكم إفتتاح إجراء الإصلاح القضائي بصورة أزالت كثيرا من أسباب الخلاف الذي قام في ظل المادة ٣٨ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧. حيث وضع مبدأ الاستمرار الإلزامي لهذه العقود le principe de la poursuite obligatoire des contrats en cours [١] ، ثم تولى تحديد سلطات المدير والإجراءات التي يتم

(١) راجع تفصيلا ، أوديل شاربوا ، المرجع السابق ، ص ٢٧ ومابعدها ، إمانول جوفن ، المرجع السابق ، رقم ١٢٠ . وبشأن اعتبار هذه القواعد بمثابة خروج على النظرية للعقد ، راجع : جان فرانسوا مونتردون ، المرجع السابق ، ص٢٥ ومابعدها .

بموجبها طلب الإستمرار في تنفيذ العقد . وأخيرا القواعد التي تقضي على فاعلية أي نص قانوني أو شرط إتفاقي يكون من شأنه تعطيل تنفيذ مبدأ الاستمرار الالزامى فى تنفيذ العقود السارية ، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

١١٢- منح المشرع للمدير القضائي[١] وحده سلطة الإختيار بين المطالبة بتنفيذ العقد أو عدم تنفيذه . وتحديد المدير القضائي لموقفه من العقد قد يتم من تلقاء نفسه مباشرة بعد تعيينه ،أ ي أن يطلب أو يبدأ هو تنفيذ العقد أو الإستمرار في تنفيذه . وقد يأخذ الطرف الآخر في العقد زمام المبادرة فيقوم بإعذار المدير القضائي لكي يحدد إختياره ، وفي هذه الحالة يجب أن يرد عليه خلال شهر من تاريخ الإعذار ، ويجوز للقاضي المنتدب أن يحدد مدة أ قصرأو أن يمنح المدير مدة أطول لا تتجاوز ثلاثة أشهر . فإذا لم يحدد المدير إختياره خلال المدة المقررة ، أعتبر ذلك رفضا للتنفيذ وبالتالى ينفسخ العقد بقوة القانون . وقد حدد المشرع الآثار المترتبة على كل إختيار يقرره المدير القضائي .

١١٣ - فإذا إختار تنفيذ العقد فإنه يلتزم تجاه الطرف الآخر بإحترام جميع شروط العقد ، حيث لم تخول المادة ٣٧ للمدير القضائي سلطة تعديل العقد ولكنها منحته حق مطالبة الطرف الآخر بتنفيذ العقد[٢]، ولذلك ألزمه المشرع بأن يقدم للطرف الآخر جميع

(١) وفى حالة الاجراء المختصر ، إذا لم تعين المحكمة مدير قضائيا فإن سلطة الاختيار تكون للمدين بعد الحصول على إذن القاضى المشرف على الاجراء الجماعى ، راجع : إمانول جوفن ، المرجع السابق ، رقم ١٢٣.

(٢) راجع ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٥١.

الآداءات التي وعده بها المدين . فإذا كان محل هذه الآداءات دفع مبلغ من النقود ، وجب علي المدير أن يدفعه فورا ، ما لم يحصل علي موافقة الطرف الآخر على آجال للسداد [(١)] . وقد إلزم المشرع المدير القضائي ، بمقتضي المستندات التقديرية des document previsionnels التي يحوزها ، أن يوفر الأموال اللازمة لتنفيذ العقد والوفاء بالأقساط المستحقة . وإذا إتضح له أنه لن توجد هذه الأموال اللازمة للوفاء بالإلتزامات في المستقبل فإنه يجب عليه إنهاء العقد . ونظرا لخطورة هذه الحالة ودلالتها على سوء حالة المشروع فقد جعل من عدم الوفاء طبقا للشروط السابقة وعدم وصول المدير القضائي لإتفاق مع المتعاقد الآخر ، لكي يستمر في علاقاته التعاقدية ، مبررا لكي تقرر المحكمة إنهاء فترة المراقبة ، وبالتالي وقف النشاط بناء على طلب النيابة العامة أو المدير القضائي أو ممثل الدائنين أو المراقب .

١١٤ - أما إذا لم يستعمل المدير القضائي حقه في طلب تنفيذ العقد ، فإن عدم التنفيذ يخول للطرف الآخر حق طلب فسخ العقد مع التعويض عن الأضرار الناشئة عن الفسخ ، ويدخل بهذا التعويض كدائن في الإجراء الجماعي . فإذا كان الطرف الآخر قد حصل من المدين علي

---

(١) ونظير ذلك تتمتع هذه المبالغ بأولوية من المرتبة الثالثة طبقا للمادة ٤٠ من القانون ٩٨ لسنة ١٩٨٥ ، لأن هذا التأجيل فى السداد يقدم ائتمان للمشروع ويساعده على استمرار النشاط خلال هذه الفترة . راجع ما سيلى رقم .

أموال تنفيذاً لهذا العقد قبل صدور حكم إفتتاح إجراء الإصلاح القضائى، فالمفروض أن يعيد هذه الأموال إلى المدير القضائي ، لكن نظرا لإرتباط هذه الأموال بالتعويض الذي قد يقضي له به نتيجة فسخ العقد ، فقد منحه المشرع الحق في إرجاء رد هذه الأموال ، التي حصل عليها من المدين قبل إفتتاح الاجراء الجماعى ، حتي يتم الفصل في طلب التعويض . وفي هذه الحالة يجوز له عمل مقاصة une compensation بين المبلغ الذي يجب عليه رده ومبلغ التعويض المحكوم له به[1] .

إزالة أسباب الخلاف السابقة على قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥

١١٥ - ويتضح أيضا من نص المادة ٣٧ سالفة الذكرأن المشرع قد وضع القواعد التي تساعد على الإستمرار في نشاط المشروع ، وإزالة أسباب الخلاف التي كانت قائمة قبل صدوره ، فيما يتعلق بمصير العقود القائمة على الإعتبار الشخصي والعقود التي تتضمن شرطا فاسخا صريحا بقوة القانون بسبب إفتتاح الإجراء الجماعي ضد أحد الطرفين ، ومدى حق الطرف الآخر في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الإلتزامات السابقة على صدور الحكم السالف الذكر . وهذه القواعد تعتبر نتيجة منطقية لمبدأ الإستمرار الإلزامي للعقود السارية وقت صدور هذا الحكم .

---

(١) راجع ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٥٦ ، ص ٤٠٠ ، إمانول جوفن ، المرجع السابق ، ص ١٠٢ ومابعدها .

١١١٦ (١) - بالنسبة لأثر الشرط الفاسخ الصريح الذي يتضمنه العقد الذي يكون المدين طرفا فيه [١] ، وما إذا كان يترتب على الحكم بإفتتاح الإجراء الجماعي تحقق الشرط ، وبالتالي فسخ العقد بقوة القانون وعدم خضوعه للمادة ٣٧ ، بما يعني عدم حق المدير القضائي في طلب تنفيذه ، فقد نصت الفقرة السادسة من المادة سالفة الذكر على أنه **" رغم كل قاعدة قانونية أو كل شرط إتفاقي ، فإن أي عدم قابلية للإنقسام أو فسخ أو إنهاء العقد لا يمكن أن تترتب علي صدور حكم إفتتاح إجراء الإصلاح القضائي "** . ويري الفقه[٢] أن المشرع قد أنهى الخلاف حول حكم هذه الشروط ، هل هو البطلان أم عدم الإحتجاج على جماعة الدائنين ، حيث تعتبر هذه الشروط باطلة بطلانا مطلقا لتعارضها مع قاعدة آمرة متعلقة بالنظام العام [٣]. كما يعطل هذا النص تطبيق أي نص قانوني آخر يقرر فسخ أو إنتهاء العقد بسبب صدور حكم إفتتاح الإجراءات الجماعية ضد أحد الطرفين، كما هو الشأن بالنسبة لنص المادة ٢٠٠٣ من القانون المدني الفرنسي التي تقرر إنتهاء عقد الوكالة le contrat de mandat في حالة إعسار de déconfiture أحد

---

(١) راجع تفصيلاً : إمانول جوفن ، المرجع السابق ، ص ١٦٤ ومابعدها .

(٢) راجع :

Jean - luc HENAFE, continuation des contrats en cours , Juris classeur , commercial , Fasc. 2335 , N. 12.

(٣) راجع ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٤٩.

طرفيه ، والمادة ٢٢ من قانون الشركات الصادر في٢٤ يوليو ١٩٦٦ التي تقرر حل شركة التضامن le societe en nom collectif في حالة الحكم بإفتتاح إجراء الإصلاح القضائي أو تصفية المشروعات ضد أحد الشركاء [١] .

١١٧ (٢) - بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ [٢]، فقد قررت الفقرة الرابعة من المادة على ٣٧ سالفة الذكر ، إلتزام الطرف الآخر بتنفيذ إلتزاماته السابقة على صدور حكم إفتتاح الإجراء . ولا يخول عدم تنفيذ المدين لهذه الالتزامات إلا حق الطرف الآخر في التقدم بها ضمن ديون التفليسة a` declaration au passif . وعلى ذلك لا يجوز للطرف الآخر أن يدفع طلب المدير القضائي بتنفيذ العقد على أساس أن الإلتزامات السابقة علي الحكم لم يتم تنفيذها ،أي يتمسك في مواجهته بالدفع بعدم التنفيذ . وقد أخذ المشرع في هذا الشأن بما كان عليه الرأي السائد في ظل قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ . ويرى الفقه [٣] أن أهمية هذه الفقرة تظهر عند الجمع بينها وبين الفقرة السادسة من ذات المادة التي تقرر بطلان شرط عدم القابلية للانقسام بسبب إفتتاح إجراء الإصلاح القضائي ، لأن ذلك يزيل عقبة من طريق طلب المدير القضائي

---

(١) راجع ، جان ليك هيناف ، بحث في جريسكلاسير ، سالف الذكر ، رقم ١١.

(٢) راجع تفصيلاً ، إمانول جوفن ، المرجع السابق ، ص ١٨٤ ومابعدها .

(٣) راجع ، ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٥٣.

بتنفيذ العقد ، كان الطرف الآخر ينجح في الإستفادة منها للإمتناع عن التنفيذ في ظل القانون السابق ، وهو شرط عدم قابلية الآداءات الناشئة عن العقد للانقسام l'indivisibilité entre l'ensemeble des prestation resultant du contrat ، ويعتبر هذا الحكم نتيجة منطقية لمبدأ الاستمرار الإلزامي الذي أخذ به المشرع في القانون الجديد[١].

١١٨ (٣) - بالنسبة للعقود القائمة على الاعتبار الشخصي contrats conclus en consideration de la personne ، والتي كان الرأي السائد في ظل القانون السابق يرى أنها تنفسخ بقوة القانون نتيجة صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي ضد أحد الطرفين ، وخاصة في حالة تصفية الأموال[٢] ، فقد إستقر الرأي في ظل القانون الجديد على خضوعها لأحكام المادة ٣٧ سالفة الذكر ، ومن ثم لا يترتب على صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي فسخ هذه العقود بقوة القانون[٣] ، وإنما تنطبق عليها القواعد المتعلقة بحق المدير القضائي في

---

(١) راجع ، أوديل شاربوا ، المرجع السابق ، ص ٣٣ ومابعدها .

(٢) راجع ما سبق ، رقم ١١٠ .

(٣) راجع تفصيلاً فى شأن هذه العقود ، رسالة أوديل شاربوا ، السابق الاشارة اليها ، ص ٤٧ ومابعدها ، وأيضا الأستاذ إمانول جوفن ، المرجع السابق ، ص٢٠٥ ومابعدها ، جان جاك داجر ، المرجع السابق ، ص ١٦ ، فيليب بيتل ، المرجع السابق ، ص ١٢٦ ، جان فرانسوا مونتردون ، المرجع السابق ، ص ٣٦ ، رقم ٥٩ .

طلب تنفيذ العقود السارية وقت صدور الحكم [١]. ورغم عدم النص علي ذلك صراحة في المادة ٣٧ سالفة الذكر ، إلا أن الفقه قد إعتمد في هذا الرأي على عمومية généralité نص هذه المادة التي لم يقيد فيها المشرع مصطلح "العقود السارية les contrats en cours" بأي وصف san autre precision ، مما يعني أنها تنطبق علي جميع العقود ، سواء كانت عقود مستمرة أو عقود فورية وسواء كانت عقود تقوم على الإعتبار الشخصي أو عقود ليس لشخصية المتعاقد فيها أي إعتبار ، طالما أنه لم يتم تنفيذها أو فسخها بحكم حاز قوة الأمر المقضي به force de chose jugee قبل صدور حكم افتتاح الإجراء الجماعي . فضلا عن أن القول بفسخ هذه العقود بقوة القانون من شأنه عرقلة إستمرار نشاط المشروع والحكم مسبقا بفشل الجهود الرامية لإنقاذه ، لأن فسخ هذه العقود يحرم المشروع من العناصر الأساسية التي يمكن أن تساعده على إسترداد عافيته والعودة إلى نشاطه بصورة طبيعية . هذا بالإضافة إلى أن ما أستقر عليه الرأي الراجح في ظل القانون السابق جاء قياسا علي نص المادة ٢٠٠٣ من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بإنهاء عقد الوكالة ، ولما كان نص

---

(١) راجع ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٣٩ ، ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٥٩ ، جان ليك هيناف ، بحث في جريسكلاسير ، السابق الاشارة اليه ، رقم ١٣ ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٠٨ ، ص ٢٢٩ - ٢٣٠.

المادة ٣٧ من القانون الجديد جاء صريحا في سريان أحكامه على كافة العقود السارية ، فإن المنطق يقتضي العدول عن الرأي السابق والإقرار بعدم فسخ العقود العقود القائمة على الإعتبار الشخصي بسبب الحكم بافتتاح الإجراء الجماعي ضد أحد الطرفين ، لأن نص المادة ٣٧ سالفة الذكر ينطبق على الرغم من وجود أي قاعدة قانونية أو شرط إتفاقي مخالف ، أي يقرر الفسخ أو الإلغاء أو عدم القابلية للانقسام ، أى أن هذا النص يلغى كل حكم مخالف أيا كان مصدره .

وقد أيد القضاء الفرنسي هذا الرأي وطبقه على جميع العقود القائمة علي الاعتبار الشخصي [١] حيث إعترفت محكمة النقض [٢] بحق المدير القضائي في أن يطلب من البنك الإستمرار في تنفيذ إتفاقات فتح الإئتمان des conventions d' ouverture de credit التي وافق على تقديمها للمشروع قبل صدور الحكم بإفتتاح إجراء الإصلاح ، لأن المشرع منح المدير هذا الحق دون تمييز بين العقود التي

---

(١) راجع تفصيلاً فى تطبيق ذلك على العقود المصرفية aux contrats baucaires ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٤٠ .
وأيضا رسالة أوديل شاريوا ، السابق الإشارة إليها ، ص ٥١ ومابعدها ، وإمانول جوفن ، المرجع السابق ، ص ٢١٣ ومابعدها .

(٢) راجع :
Cass. Com. 8 decembre 1987 , J. C. P. 1988 , ed . G. , II., 20927
Note m. JEANTIN .

تقوم على الإعتبار الشخصي أو التي لا تقوم عليه ، وعلى ذلك ألزمت الحكمة البنك بالإستمرار خلال فترة المراقبة في تنفيذ إتفاقات الحساب الجاري des conventions de compte courant [١]وفتح الإئتمان والموافقة على خصم الأوراق التجارية d'autorisation d'escomptes ، التي كانت سارية يوم الحكم بإفتتاح إجراء الإصلاح القضائي .

ومع ذلك يذهب الفقه [٢] إلي القول بأن الإستمرار في منح الإئتمان لا يتم إلا في حدود المبالغ التي لم تستخدم des concours non utilises قبل إفتتاح إجراء الإصلاح القضائي . كما أن المدير القضائي الذي يطلب إستمرار تنفيذ إتفاق فتح الإئتمان يلتزم بإحترام جميع شروطه ، وخاصة الإلتزام بدفع العمولات المتفق عليها les agios convenus بالإضافة إلى أن إستمرار البنك في تنفيذ إتفاق فتح الإئتمان لا يسمح فقط للبنك بالإستفادة من الأولوية والقواعد المقررة في المادة ٤٠ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ ، بالنسبة لوفاء الديون الناشئة عن ذلك ، ولكن يظل البنك محتفظا بحقه في فسخ de resiliation الإتفاق طبقا للمادة ٦٠ من قانون البنوك الصادر في ٢٤

---

(١) راجع تفصيلا بشأن سريان المادة ٣٧ على الحساب الجاري ، ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٦٢ ، إمانول جوفن ، المرجع السابق ، ص ٢١٤ ومابعدها .

(٢) راجع ميشيل جيانتان المرجع السابق ، رقم ٦٦١ ، ص ٤٠٤ - ٤٠٥ .

يناير ١٩٨٤ ، حيث يستطيع البنك أن يفسخ الاتفاق خلال فترة المراقبة، وبدون إنذار المدير القضائي ، إذا إتضح له أن المشروع أصبح في حالة لا يمكن إصلاحها la situation est irremediablement compromise ، ولكن لا يتحقق ذلك لمجرد التوقف عن الدفع . ويري الفقه [1] أن وصول المشروع إلى هذه الحالة يؤدي منطقيا إلى ضرورة إنهاء فترة المراقبة والحكم بوضع المدين في حالة التصفية القضائية en liquidation judiciaire .

الخلاصة

١١٩ - يتضح مما سبق أن المشرع المصري والمشرع الفرنسي قد وضعا المبدأ الذي يحدد مصير العقود التي يكون المفلس طرفا فيها ، بحيث لا يترتب على صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي (الإفلاس) فسخ هذه العقود ، وإنما يتمتع أمين التفليسة (المدير القضائى) بسلطة الإختيار بين تنفيذ أو عدم تنفيذ هذه العقود تبعا لما يحقق مصلحة التفليسة ويساعد على نجاح الإستمرار في تشغيل النشاط . وفي حالة عدم التنفيذ يجوز للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد مع تعويض الأضرار الناتجة عن عدم التنفيذ والفسخ ، ويدخل المبلغ المحكوم به ضمن ديون التفليسة .

(١) راجع إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٠٨ ، ص ٢٣٠.

وعند هذا الحد وقف المشرع المصري ولم يضع القواعد اللازمة لإزالة العقبات التي تعترض طريق أمين التفليس أثناء تشغيل تجارة المفلس ، وقد يترتب عليها حرمانه من الإستفادة من بعض العقود الهامة بالنسبة لنشاط المشروع ، حيث نص على عدم سريان المادة ٦٢٣ علي العقود القائمة علي الإعتبار الشخصي ، بما يعني فسخها بقوة القانون نتيجة صدور حكم الإفلاس . كما أنه لم يحدد أثر الشرط الفاسخ الصريح بقوة القانون الذي قد يتضمنه العقد الذي لا يقوم على الإعتبار الشخصي ، كذلك مدى حق الطرف الآخر في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة أمين التفليسة . وكل ذلك يمثل نقصا تشريعيا من شأنه عرقلة الإستمرار في تجارة المفلس خلال الفترة التمهيدية .

أما المشرع الفرنسي فقد طور القواعد التي تحدد مصير العقود السارية وقت إفتتاح الإجراء الجماعي بحيث تحقق الغرض الذى يسعى إليه ، وهو الإستمرار في النشاط لإنقاذ المشروع القابل للحياة . ولذلك أزال كافة العقبات التي قد تحرم المدير القضائي من المطالبة باستمرار العقود السارية وقت صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي ، حيث ألغى كل نص مخالف وأبطل الشروط الإتفاقية التي تقرر فسخ أو إلغاء العقود نتيجة صدور هذا الحكم ، وكذلك أبطل شرط عدم قابلية الإلتزامات الناشئة عن العقد للإنقسام ،لأن من شأنها تمكين الطرف

الآخر من طلب فسخ العقد إذا لم ينفذ المدير القضائي الإلتزامات التي لم ينفذها المدين قبل صدور الحكم . وحتي تتحقق الغاية التي ينشدها المشرع إستقر الرأي على سريان المادة ٣٧ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ على جميع العقود السارية ، بما فيها العقود القائمة على الإعتبار الشخصي لأنها تعتبر عنصرا أساسيا لنجاح الإستمرار في نشاط المشروع .

١٢٠ - وإذا كان من حق أمين التفليسة أن يطلب تنفيذ أو الإستمرار في تنفيذ العقود السارية وقت صدور حكم الإفلاس ،لكي يتمكن من الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، تحقيقا للمصلحة العامة أو مصلحة الدائنين أو المفلس ، فإنه يثور التساؤل عن الآثار التي تترتب على ذلك ، وخاصة حماية الدائنين الذي تنشأ ديونهم بعد حكم الإفلاس ونتيجة الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، الإجابة على هذا التساؤل نتناولها في الفصل التالي ، المخصص لدراسة آثار الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس خلال هذه الفترة التمهيدية .

الفصل الثالث

آثار الاستمرار في تشغيل تجارة المفلس

تمهيد وتقسيم

١٢١ - يحتاج الاستمرار في تشغيل تجارة المفلس إلى دخول أمين التفليسة في علاقات قانونية مع أشخاص آخرين ، كالموردين والعمال ومؤسسات التمويل ، حسب الأحوال . كما تستحق الخزانة العامة الضرائب والتأمينات الإجتماعية وغيرها من الرسوم المقررة عن المدة التي يستمر خلالها تشغيل تجارة المفلس . وبذلك يظهر دائنون جدد لا يدخلون ضمن جماعة الدائنين ،كما لا يمكن إعتبار ديونهم من الديون التي لا يحتج بها في مواجهة جماعة الدائنين [١] ، لأن هذه الديون نشأت نتيجة قيام أمين التفليسة بتنفيذ إذن قاضي التفليسة بالإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، وقد جرى العمل على تسمية هؤلاء الدائنين الجدد " بدائني التفليسة " les créanciers de la masse ، لأن ديونهم نشأت نتيجة تعاملهم مع أمين التفليسة بصفته ممثلا لجماعة الدائنين ، ولما كان أمين التفليسة ينوب أيضا عن المفلس في جميع الدعاوى والأعمال التي تقتضيها إدارة أموال التفليسة

---

(١) وهي الديون التي تنشأ بعد صدور حكم إشهار الإفلاس ، نتيجة التصرفات والأعمال التي يقوم بها المفلس بالمخالفة للقواعد التي تنظم غل يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها .

، فإنه يثور التساؤل عن المدين الحقيقي لهؤلاء الدائنين الجدد : هل هي جماعة الدائنين أم المفلس أم هما معا ؟ .

ولما كانت الظروف التي يستمر أمين التفليسة في تشغيل تجارة المفلس في ظلها لا تشجع الغير على مساندته ، عن طريق تقديم ما يحتاج إليه هذا الاستمرار من دعم يكون نتيجته أن يصبح الغير دائنا ، حيث يتهدد الغير خطر عدم إستيفاء الدين . ولا شك أن ذلك يقلل من فرص نجاح أمين التفليسة في تشغيل تجارة المفلس ،ويؤدي إلى عدم تحقيق الهدف الذي صدر من أجله إذن قاضي التفليسة بالإستمرار في التشغيل . ولتجنب هذه العقبات يكون من الضروري البحث لهؤلاء الدائنين الجدد عن وسائل الحماية القانونية التي تضمن لهم إستيفاء حقوقهم دون الخضوع لإجراءات الإفلاس ، مما يشجعهم على التعامل مع أمين التفليسة ، حتى يمكن إصلاح الحالة المالية للمفلس أو تصفيتها في أفضل الظروف ، بما يزيد مقدار المبالغ المحصلة من التصفية ويضمن للدائنين الحصول على أكبر قدر من حقوقهم . وهنا يثور التساؤل عن مدى تمتع هؤلاء الدائنين الجدد بحق أفضلية le droit p référence يسمح لهم بإستيفاء حقوقهم دون مزاحمة من الدائنين الذين نشأت ديونهم قبل صدور حكم شهر الإفلاس.

١٢٢ - لتحديد المركز القانوني لهؤلاء الدائنين الجدد نقسم هذا

الفصل إلي مبحثين ، نتناول في المبحث الأول العلاقة بين الدائنين الجدد (دائني التفليسة) وجماعة الدائنين والمفلس . أما المبحث الثاني فنخصصه لحق الأفضلية الذي يتمتع به الدائنون الجدد (دائني التفليسة) .

المبحث الأول

المركز القانوني للدائنين الجدد

تقسيم

١٢٣- تبدو أهمية تحديد المركز القانوني للدائنين الجدد ، الذين يطلق عليهم دائني جماعة الدائنين les créanciers de la masse في أن ذلك يسمح بتحديد الشخص المدين في مواجهة هؤلاء الدائنين ، ومن ثم يقع ضمانهم على جميع أمواله . فهل المدين هو جماعة الدائنين، كما يوحي بذلك الإسم الذي أطلق عليهم ليميزهم عن غيرهم من الدائنين ، سواء كانوا دائنين في التفليسة أو دائنين خارج التفليسة (الذين نشأت ديونهم نتيجة التعامل مع المفلس بما يخالف مبدأ غل يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها)؟ . أم أن المدين هو المفلس الذي رغم غل يده فإنه ما زال يملك الأموال التي يستثمر أمين التفليسة في تشغيلها ؟ .

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي أن نحدد أولا : الطبيعة القانونية لجماعة الدائنين ، ثم نحدد صفة هذه الجماعة في علاقتها بالمفلس ثانيا وأخيرا نحدد المدين الحقيقي في مواجهة الدائنين الجدد ، وسنخصص لكل مطلب مستقل .

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لجماعة الدائنين

١٢٤ - ثار الجدل منذ عهد بعيد حول الطبيعة القانونية لجماعة الدائنين ومدى إعتبارها شركة une société أم جمعية une association [١] أم أنها مجرد إتحاد أموال une communauté de biens يقوم على فكرة إتحاد مصالح l'idee d'une communauté d'intérêts دائني المفلس . وأيا كان الرأي في هذا الخلاف [٢] فإن القاسم المشترك الذي إستقر عليه الرأي هو : أن جماعة الدائنين تعتبر إتحاد قانوني une union légale ينشأ بقوة القانون بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس ، وذلك بهدف الدفاع عن المصلحة المشتركة للدائنين الذين تتكون منهم هذه الجماعة ، ويخضعون لمبدأ المساواة بين الدائنين الذي يقوم عليه نظام الإفلاس ، فيمنع عليهم إتخاذ الإجراءات الإنفرادية ، وتسقط آجال ديونهم ويوقف سريان فوائدها . وقد تولى المشرع تنظيم الجوانب المتعلقة بهذه الجماعة ، وخاصة تعيين ممثل قانوني لها ، هو أمين التفليسة ، والقواعد المتعلقة بإنعقاد جمعياتها [٣].

---

(١) راجع د/ محمد بهجت قايد ، المرجع السابق ، رقم٣٤١.

(٢) راجع تفصيلاً ، ليون ريجو موليير ، المرجع السابق ، ص ٩٦ ومابعدها ، د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٤٣٦ ، د/ حسنى المصرى ، المرجع السابق ، ص ٣٩٥ ومابعدها ، د/ على يونس ، الافلاس ، رقم ٢٧٥ د/ سعيد محمد السعيد الهياجنة ، آثار حكم شهر الإفلاس على جماعة الدائنين ، ١٩٩٢ ، بدون ناشر ، ص ١١١ وما بعدها ، د/ عبدالفضيل محمد أحمد ، المرجع السابق ، رقم ٢٥٦ ، أ•د/ على جمال الدين عوض ، الإفلاس فى قانون التجارة الجديد ، الطبعة الثانية ، رقم ٢١٦ .

(٣) راجع في هذا المعنى أ.د/ فاروق أحمد ماهر ، نظام الإفلاس فى القانون المصرى ، طبعة ٢٠٠٣ ، رقم ٦٦ ، ص ١٠٦ . حيث يرى أنها نظام قانوني وضع له المشرع تنظيم خاص .

الاعتراف للجماعة بالشخصية الاعتبارية

١٢٥ - وقد صاحب هذا الجدل خلاف آخر بشأن مدى تمتع هذا الإتحاد القانوني " جماعة الدائنين " بالشخصية الإعتبارية la personnalité morale ، وهو خلاف كانت نهايته وثيقة الصلة بظهور فكرة دائني هذه الجماعة les créanciers de la masse(١). حيث أصبح تمتع جماعة الدائنين بالشخصية الإعتبارية هو الرأي الراجح في الفقه (٢)والقضاء منذ صدور حكم محكمة النقض الفرنسية(٣) الذي قرر اعتبار جماعة الدائنين بمثابة شخص معنوي مستقل عن أشخاص الدائنين الذين تتكون منهم هذه الجماعة . (٤)

وقد وضع المشرع المصري في قانون التجارة الجديد أحكاما تدل علي إعترافه ضمنا بالشخصية الإعتبارية لجماعة الدائنين ، حيث تنص المادة ٥٩٨ علي أنه " لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات التالية ..." ، والمادة ٦٠٢ التي تنص على أنه " ١- إذا

---

(١) راجع تفصيلا:

Andree BRUNET , masse des créanciers et créanciers de la masse , thèse Nancy II , 1973 , p. 8 et s.

(٢) راجع د/ حسنى المصرى ، المرجع السابق ، رقم ٣٢٣ ، د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٤٣٧ ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٦٧ ، د/ على البارودى ، د/ فريد العرينى ، المرجع السابق ، رقم ٢١٣-٢ ، ص ٣١٤، د/ على يونس ، الافلاس ، رقم ٢٧٦ ، د/ عبدالفضيل محمد أحمد ، المرجع السابق ، رقم ٢٥٦ ، ص ٢١٣ ، د/ على جمال الدين عوض ، المرجع السابق ، رقم ٢١٦ .

(٣) Casr. Com. 13 Janvier 1956 , J. C. P. 1956 , II N. 9651 , Note GRANGER.

ويعتبر هو الحكم الذى أنهى الخلاف حول تمتع جماعة الدائنين بالشخصية الاعتبارية .

(٤) وممن ينكرون تمتع جماعة الدائنين بالشخصية الاعتبارية ، راجع د/ فاروق زاهر ، المرجع السابق ، رقم ٦٦ ، ص ١٠٤.

حكم بعدم نفاذ أي تصرف في حق جماعة الدائنين إلتزم المتصرف إليه بأن يرد إلي التفليسة ما حصل عليه من المفلس ..... ٢- ويكون للمتصرف إليه الحق في إسترداد العوض الذي قدمه للمفلس إذا وجد هذا العوض بعينه في التفليسة . فإذا لم يوجد كان من حق المتصرف إليه أن يطالب جماعة الدائنين بالمنفعة التي عادت عليها .... " . ففي هذه النصوص وغيرهايتحدث المشرع عن جماعة الدائنين بإعتبارها شخص قانوني يحتج في مواجهته بالتصرفات القانونية .

الاعتراف للجماعة بالذمة المالية :

١٢٦ - وقد رتب الفقه على الإعتراف لجماعة الدائنين بالشخصية الاعتبارية نتيجة هامة ، هي الاعتراف لها بذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للمفلس وعن الذمم المالية للدائنين الذين تتكون منهم الجماعة[1] وتأيد هذا الرأي بعد صدور حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٧ أكتوبر ١٩٦٤ الذي قررت فيه أن المبالغ التي يدفعها مديري الشركة المفلسة تنفيذا للحكم الذي قرر مسئوليتهم عن العجز في أصولها يدخل الذمة المالية الخاصة لجماعة الدائنين entrent dans le patrimoine de la mass [2]، وقد سار الفقه في هذا الإتجاه عندما قرر أنه " لما كانت جماعة الدائنين تعتبر - وفقا للرأي

---

(١) راجع تفصيلا : أندريه برونيه ، رسالتها سالفة الذكر ، ص ٤٧ ومابعدها ، أ.د/ محمود مختار بريرى ، قانون المعاملات التجارية ، الجزء الثانى ، الإفلاس والأوراق التجارية ، طبعة ٢٠٠٠، رقم ١٣٨ ، ص ١٤٥ ، د/ محمد بهجت قايد ، المرجع السابق ، رقم ٣٤١ ، ص ٢٩٣ ، د/ على جمال الدين عوض ، المرجع السابق ، رقم ٢١٦ ، د/ محمد صالح ، المرجع السابق ، رقم ٢٩٦ ، ص ٣١٦ . .

(٢) Cass. Com. 27 octobre 1964 , D. 1965 , p. 129 not CABRILLAC.

الراجح - شخصا معنويا يمثلها السنديك ، فمن المتصور أن تترتب في ذمتها إلتزامات تتولد عن أعمال وتصرفات السنديك ، فتنشأ بجانب الدائنين الذين تتركب منهم الجماعة طائفة أخرى من أرباب الحقوق لايكونون دائنين فيها وإنما لها [١] " .

ومع ذلك فقد أدرك جانب من الفقه الصعوبات التي تصادف الاعتراف بالذمة المالية لجماعة الدائنين ، وخاصة عند رجوع هؤلاء الدائنين علي هذه الذمة التي لا يمكن تصور وجودها إلا في إرتباط وثيق en etroite symboise مع الذمة المالية للمدين . بل إن الأمر وصل إلي حد تشكك البعض في وجود ذمة مالية خاصة لجماعة الدائنين un patrimoine propre a1 la masse نظرا لعدم تعيين محتواها ، من حيث الأصول والخصوم le contenu demeurait incertain [٢].

وقد ظل الرأي السائد في الفقه مسايرا لرأي محكمة النقض الفرنسية ، ولم ير في عدم تعيين محتوي الذمة المالية لجماعة الدائنين عقبة تمنع من الإعتراف بوجودها ، لأنه يكفي وضع المعيار الذي تحدد على أساسه الأصول والخصوم التي تتكون منها هذه الذمة ، وهذا المعيار يقوم على أساس الصفة la qualite التي تتصرف بمقتضاها

---

(١) د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٤٤١ ص ٦٤١ ، د/ على يونس ، المرجع السابق ، رقم ٢٧٦ ، د/ سعيد الهياجنة ، المرجع السابق ، ص ١٢٩ ومابعدها .

(٢) راجع : كابرياك فى تعليقه على حكم النقض الفرنسى ٢٧/ ١٠/ ١٩٦٤ سالف الذكر .

جماعة الدائنين ، فإذا كانت تتصرف بصفتها من الخلف العام للمدين l'ayant -cause du débiteur فإن آثار هذا التصرف تدخل الذمة المالية للمدين المفلس ، مثال ذلك عندما تستمر في تشغيل تجارته ، أما إذا تصرفت الجماعة باعتبارها من الغير comme tièrs في علاقتها بالمفلس ، فإنها تتصرف لحسابها الخاص pour son propre compte ، ومن ثم تدخل آثار التصرف في ذمتها المالية الخاصة son propre patrimione ، ويضربون لذلك مثلا بدعاوى عدم الإحتجاج بالتصرفات الصادرة من المفلس خلال فترة الريبة ، ومصروفات هذه الدعاوي ، فالحقوق التى تستردها الجماعة نتيجة هذه الدعاوى تمثل أصول الذمة المالية لها ، أما مصروفات هذه الدعاوى فتعتبر من ديون هذه الذمة ، وكذلك مبلغ التعويض المحكوم به لجبر الضرر الذي أصاب جماعة الدائنين يعتبر من أصول ذمة الجماعة [١].

وإذا كانت دراستنا لا تنصب أساسا علي تحديد محتويات الذمة المالية لجماعة الدائنين الذي بالغ الفقه والقضاء الفرنسيين في الإهتمام بها ووضعها على قدم المساواة مع الذمة المالية للمفلس ، فإننا سنناقش مدى وجود هذه الذمة المالية ، لكى نحدد الذمة المالية التي تتحمل بضمان الديون الناشئة عن الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، لأن ثقة

---

(١) راجع تفصيلا في شأن تحديد أصول وخصوم الذمة المالية لجماعة الدائنين .
M. LUCAS , le patrimoine de la masse des créanciers , Rev. tri. dr. com. 1969 , p. 891 et s.
وأيضا : د/ حسنى المصرى ، المرجع السابق ، رقم ٣٢١.

المتعاملين مع أمين التفليسة في هذه الذمة هي التي تشجعهم على التعامل معه والعكس صحيح .

عدم وجود ذمة مالية خاصة لجماعة الدائنين

١٢٧ - جاء الاعتراف بوجود ذمة مالية خاصة لجماعة الدائنين ، ومن ثم صلاحيتها لأن تصبح دائنا devient créancier أو مدينا débitrice نتيجة الإعتراف لهذه الجماعة بالشخصية الإعتبارية [١] ، ولا شك أن ذلك يعتبر تطبيقا للنظرية التقليدية أو الشخصية في تصوير الذمة المالية ، حيث تدور الذمة المالية وجودا وعدماًمع الشخصية القانونية . فإذا كانت الشخصية القانونية هي صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات المالية وغير المالية . فإن الذمة المالية هي مجموع ما يكون للشخص من حقوق وما يجب عليه من إلتزامات مالية . أي أنها هي التعبير المالي عن الشخصية القانونية ، وهذا التصور يختلف عن النظرية الحديثة للذمة المالية التي تنطلق من تصور آخر يرى أن العبرة في وجود الذمة ليس بالشخص ولكن بالغرض الذي يراد تحقيقه ، ولذلك لا تثبت الشخصية القانونية من حيث المبدأ إلا للإنسان ، أما الإعتراف بها لمجموعات الأشخاص والأموال ، أي

(١) راجع : ليون ريجو مولبير ، المرجع السابق ، ص ١١٢- ١١٣ ، د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٤٤١ ، د/ عبدالفضيل محمد أحمد ، المرجع السابق ، رقم ٢٥٦ ، ص ٢١٣ ، د/ على جمال الدين عوض ، المرجع السابق ، رقم ٢٢١.

لغير الإنسان ، فهو مجرد حيلة إضطر إليها المشرع لتحقيق أهداف أو مصالح معينة [١].

ولما كان وجود الشخص الطبيعي مقصود لذاته ، فقدكان من الضروري أن يتمتع بأهلية الوجوب ، وهي صلاحيته لإكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات منذ ميلاده ، بصرف النظر عن أي اعتبار آخر يرتبط بالمصلحة التى يحققها لنفسه أو للمجتمع ، ولذلك تبدو الذمة المالية مكملة للشخصية القانونية ومن مقتضياتها .

أما بالنسبة للأشخاص الإعتبارية فوجودها وجود غائي يرتبط بتحقيق الغرض الذي وجد من أجله الشخص الإعتباري ، وهذا الغرض هو الذي يحدد مضمون وضرورة وجود ذمته المالية . ومن هنا يمكن القول بأنه إذا كانت الذمة المالية تعتبر نتيجة للشخصية الإعتبارية إلا أنها ليست شرطا لازما لإكتساب هذه الشخصية [٢] . وعلى ذلك إذا كان الشخص الاعتبارى قد أنشئ لتحقيق أغراض إقتصادية أو إجتماعية ، فلا شك أن ذلك يقتضي وجود ذمة مالية خاصة له ، بإعتبارها وعاء تصب فيه ما لهذا الشخص من حقوق وما عليه من إلتزامات ، وذلك كما في الشركات والجمعيات والمؤسسات وغيرها من الأشخاص الإعتبارية ، حيث يدخلها الحصص أو الإشتراكات التي

---

(١) راجع : د/ أحمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون ، الكتاب الثاني نظرية الحق ، طبعة ١٩٦٩ ، ص ١٨٦ ومابعدها .

(٢) راجع : د/ حسنى المصرى ، المرجع السابق ، رقم ٣٢٣ ، ص ٣٩٩.

يقدمها الأعضاء فيه وكذلك الخسائر والمصروفات وكافة الإلتزامات المالية التي تنشأ أثناء وجود هذا الشخص الإعتباري وممارسة نشاطه .

أما جماعة الدائنين فهي شخص إعتباري ذو طبيعة خاصةla masse est une personne morale d'un germre special[١]، حيث تنشأ بقوة القانون بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس، ولايلتزم الدائنون الذين تتكون منهم بتقديم أي مساهمات للمشاركة في مصروفاته ، كما أنها لا تهدف إلى الربح أو تحقيق أى منفعة مادية مباشرة لهؤلاء الدائنين .وقد أنشاها المشرع لتحقيق هدف وظيفى والقيام بأعمال قانونية في إطار نظام الإفلاس ، وذلك من خلال المحافظة علي مصالح الدائنين الذين منهم تتكون الجماعة [٢] ، وذلك نظرا لمنعهم من إتخاذ الإجراءات الإنفرادية بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس الذي يخضعهم لمبدأ المساواة بين الدائنين ، هذه المساواة إقتضت توحيد الشخص الذي يطالب بحقوق الدائنين ويحمي مصالحهم ويقوم بإدارة أموال المفلس وتصفيتها إذا لزم الأمر ، هذا الشخص هو جماعة الدائنين التي يمثلها أمين التفليسة ، بإعتباره أحد الأجهزة التي

---

(١) راجع : اندره برونه ، المرجع السابق ، ص ٢١١، وفى الفقه المصرى أ.د/ ثروت حبيب ، دروس فى القانون التجارى ، طبعة ١٩٨٩ ، ص ٤٦١.

(٢) راجع فى الغاية من تكوين جماعة الدائنين ، وهى حماية الدائنين من المدين المفلس وحمايتهم من بعضهم بعضا ، سعيد محمد السعيد الهياجنة ، آثار حكم شهر الافلاس علي جماعة الدائنين ، طبعة ١٩٩٢ بدون ناشر ، ص ٥٦ ومابعدها .

تقوم بإدارة هذه الجماعة ، أما الجهاز الثاني فهو الجمعيات التي تعقدها في الحالات التي حددها المشرع [١].

ومما يؤكد الطبيعة الخاصة لجماعة الدائنين كشخص إعتباري ليس له ذمة مالية خاصة[٢]أن جميع أموال التفليسة تظل مملوكة للمفلس ولا تنتقل ملكيتها للجماعة ، وعند التصفية يتم تصفية الذمة المالية للمفلس وليس الذمة المالية للجماعة . وحتى الدعاوى التي قيل أن الجماعة ترفعها لحسابها الخاص وتدخل ذمتها المالية الخاصة ، وهي دعاوي عدم نفاذ التصرفات الصادرة من المفلس خلال فترة الريبة la pèriode suspecte ، فهذا القول غير صحيح لأن التصرف الذي يُقضى بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين يترتب عليه بقاء المال ملكا للمفلس ، ومن ثم يعود إلى ذمته المالية ليستعمل الدائنون حقهم في الضمان العام عليه ، وبذلك يعتبر التصرف غير موجود بالنسبة لجماعة الدائنين ، أما في العلاقة بين المفلس والمتعامل معه فالتصرف صحيح ، ويلتزم المفلس بتنفيذ إلتزاماته الناشئة عن هذا التصرف بعد إنتهاء حالة الإفلاس ، سواء كان التنفيذ عينيا أو عن طريق التعويض .

هذا بالإضافة إلى أن المشرع المصري يستعمل في قانون التجارة الجديد مصطلحين مختلفين هما " التفليسة " و " جماعة الدائنين "

(١) راجع د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٤٣٩ ، ص ٦٣٨ .

(٢) ويذهب د/ على البارودى ، د/ فريد العرينى إلى القول بأنه " فى الواقع أن جماعة الدائنين ليس لها ذمة مالية مستقلة عن أموال المفلس " مؤلفهما السابق الاشارة إليه ، رقم ٢١٣-٢ ، ص ٣١٥ .

ومن هذا الرأى أيضا أ.د/ فاروق أحمد زاهر ، حيث يرى أنه ليس لجماعة الدائنين ، فى الواقع ، ذمة مالية مستقلة . فالذمة المالية هى ذمة المفلس . وغاية مافى الأمر أن المفلس يحال بينه وبين ذمته حين يمنع من إدارة أمواله والتصرف بها . وفى القول بغير ذلك ===

ويفهم منهما أنه يقصد " بالتفليسة " الذمة المالية للمفلس ، أما " جماعة الدائنين " فهي الشخص الإعتباري الذي يستعمل الحقوق المقررة للدائنين الذين تتكون منهم هذه الجماعة . فالمادة ٥٧٣ تنص علي أن "١- يقوم أمين التفليسة بإدارة أموال التفليسة والمحافظة عليها ....". والمادة ٦٠٢ تنص علي أنه " إذا حكم بعدم نفاذ أي تصرف في حق جماعة الدائنين إلتزم المتصرف إليه بأن يرد إلى التفليسة ما حصل عليه من المفلس بمقتضي هذا التصرف ....." . وهذا يدل على أن جماعة الدائنين ليس لها ذمة مالية خاصة لأن المتصرف إليه يرد إلى التفليسة ، وهي الذمة المالية للمدين ، ما حصل عليه بمقتضى التصرف الذي قُضي بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين ، وهي الشخص الإعتباري، ولو كان المشرع يري لها ذمة مالية مستقلة لنص على إلتزام المتصرف إليه أن يرد ما حصل عليه بموجب هذا التصرف إلى جماعة الدائنين . وهذا يخالف النتيجة التي إنتهى إليها الرأي السائد الذي يعترف لجماعة الدائنين بذمة مالية مستقلة ، حيث يري أن رد الأموال التي تصرف فيها المفلس خلال فترة الريبة يدخلها في ذمة الجماعة وليس فى ذمة المفلس، بإعتبار أن جماعة الدائنين تعتبر من الغير بالنسبة للمفلس عندما رفعت دعوي عدم الإحتجاج بهذه التصرفات ، ولا شك أن القول بدخول المال محل التصرف في ذمة جماعة الدائنين هو قول لا يمكن قبوله ،لأنه يحالف القانون الذي لايرتب على شهر الإفلاس تجريد المفلس من أمواله وإنما تظل على ملكه حتي يتم تصفيتها .

== ما يجعل غل اليد بمثابة نزعا لملكية المفلس ، وهو مالم يقل به أحد . راجع مؤلفه نظام الافلاس فى القانون المصرى بين تقنين التجارة القديم والجديد ، رقم ٦٦ ، ص ١٠٤ ، ١٠٥.

هذا بالإضافة إلى أن ما يعتبر من ديون على جماعة الدائنين ويمثل الجانب السلبي في ذمتها المالية ، مثل مصروفات إجراءات التفليسة وتدبير شئونها الأخرى ، فهي تدفع من أموال التفليسة (أي من أموال المفلس) ، حيث تقرر المادة ٥٦٩ من قانون التجارة المصري الجديد أنه إذا لم توجد في التفليسة ، وقت شهر الإفلاس ، نقود حاضرة لمواجهة شهر حكم الإفلاس ونشره أو وضع الأختام على أموال المفلس أو رفع هذه الأختام أو التحفظ على شخص المفلس وجب دفع هذه المصاريف من مبلغ الأمانة (وهي ألف جنيه) التي أودعها الدائن طالب شهر الإفلاس طبقا للمادة ٣/٥٥٤ من القانون سالف الذكر ، وفي هذه الحالة يسترد طالب شهر الإفلاس المبالغ التي دفعها بالإمتياز على جميع الدائنين من أول نقود تدخل التفليسة . كما أجاز المشرع لقاضى التفليسة أن يأمر بالمبادرة ببيع بعض أموال التفليسة لمواجهة هذه المصاريف . وقد أجازت المادة ١/٦٤٣ من قانون التجارة المصري - بعد أن وضعت مبدأ حظر بيع أموال التفليسة خلال فترة الإجراءات التمهيدية - لقاضي التفليسة أن يأذن ببيع أموال التفليسة إذا كان البيع لازما للحصول على نقود للصرف على شئونها .

إذا كان الأمر كذلك فإنه يثور التساؤل عما هي صفة جماعة الدائنين بالنسبة للمفلس ؟ وهذا ما نتناوله في المطلب التالي .

المطلب الثاني

صفة جماعة الدائنين بالنسبة للمفلس

١١٥ - تقوم جماعة الدائنين بالدور الذي حدده لها المشرع في إطار نظام الإفلاس ، وهو المحافظة على حقوق الدائنين الذين تتكون منهم هذه الجماعة ، وحمايتهم من الضرر الذي يلحق بهم نتيجة التصرفات التي قام بها المفلس خلال فترة الريبة ، وحمايتهم أيضا من بعضهم بعضا بتحقيق مبدأ المساواة بين الدائنين الذى يحظرتفضيل بعضهم علي بعض في إستيفاء الديون إلا بسبب يقرره القانون . ويمثل أمين التفليسة جماعة الدائنين (كشخص معنوي) في القيام بهذا الدور ، بعد أن حظر المشرع علي أي من أعضائها إتخاذ الإجراءات الإنفرادية ، سواء رفع الدعاوي أو الإجراءات التنفيذ ، ضد التفليسة ، أي على أموال المفلس ، حتي يتم التنفيذ الجماعي على هذه الأموال ، وبذلك يبدو غرض المشرع واضحا من وجود جماعة الدائنين ، حيث يوحد عن طريقها الجهة التي تتخذ الإجراءات ضد المفلس ، بالتنفيذ على أمواله وتصفيتها ، وضد الغير الذي يطالبه أمين التفليسة بدفع ما لديه من حقوق للمفلس (١).

وفي سبيل تحديد صفة la qualite جماعة الدائنين بالنسبة للمفلس ثار خلاف في الرأى جاء على النحو التالى:

---

(١) راجع على يونس ، المرجع السابق ، رقم ٢٧٤ ، ص ٣٣٤ ، د/ محمود مختار بريرى ، المرجع السابق ، رقم ١٣٨ ، ص ١٤٤ .

اولاً: الصفة المزدوجة لجماعة الدائنين

١٢٩ - ذهب الرأي السائد إلى القول بأنه إذا كان المبدأ يقضي بإعتبار الدائنين من الخلف العام للمدين عندما يستعملون حقوقه لدى الغير invoquent les droits ، فإن الأمر يختلف عندما تتمسك جماعة الدائنين بحقوقها الخاصة التي تستمدها من القانون مباشرة .

وعلى ذلك تعتبر جماعة الدائنين من الخلف العام للمفلس ، من حيث المبدأ عندما تستعمل الحقوق المقررة له ، ولكنها تصبح من الغير un tiers بالنسبة له عندما تستعمل حقوقها التي تستمدها من القانون مباشرة [(١)] . ويستند أنصار هذا الرأي إلى أن التصرفات التي أجراها المفلس قبل شهر إفلاسه تظل محتجا بها في مواجهة جماعة الدائنين ، أي أنها من الخلف العام للمفلس ، ما لم تتمسك بعدم نفاذها وجوبا أو جوازا ، حيث في هذه الحالة تعتبر من الغير بالنسبة للمدين ، ومن ثم لا يحتج في مواجهتها بتصرفات المفلس ، لأن قواعد عدم الإحتجاج بتصرفات المفلس خلال فترة الريبة تقرر حقوقا خاصة لجماعة الدائنين تستمدها مباشرة من القانون وليس من صفتها كخلف عام للمدين .

ثانياً: اعتبار جماعة الدائنين من الغير

١٣٠ - وذهب البعض إلى إعتبار جماعة الدائنين من الغير

---

(١) راجع : نقض فرنسى ١٩٦٤/٥/١١ ، السابق الاشارة إليه ، وفى الفقه المصرى ، د/ على يونس ، رقم ٢٧٧ ، ص ٣٦٣٩ ، د/ مصطفى طه ، المرجع السابق ، رقم ٧٤٢ ، د/ محمود مختار بريرى ، المرجع السابق رقم ١٣٩ ، د/ محمد بهجت قايد ، المرجع السابق ، رقم ٣٤٤ .

بالنسبة للمفلس في جميع الأحوال la masse est investie de la qualite de tiers ، أي سواء كانت تستعمل حقا خاصا بها تتلقاه من القانون مباشرة أو كانت تستعمل حقوق المفلس لدى الغير [١]، لأن الجماعة في هذه الحالة الأخيرة لا تخضع لأحكام الدعوى غير المباشرة l'action oblique التي تشترط أن يثبت الدائن أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق ، وأن عدم إستعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو يزيد في هذا الإعسار ، وبذلك يعتبر الدائن في إستعمال حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين ، ومن ثم فإن كل فائدة تنتج من إستعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضمانا لجميع دائنيه (م٢٣٦ مدني مصري) . وهذا يختلف عما هو مقرر على أثر صدور حكم شهر الإفلاس حيث تغل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها وينوب عنه في ذلك أمين التفليسة . ومن هنا يمكن القول بأن جماعة الدائنين ، وهي تستعمل حقوق المفلس لدى الغير ، تستمد حقها فى ذلك من القانون مباشرة مما يجعلها من الغير ، كما هو الشأن في حالة إستعمال حقوقها الخاصة ، مثل التمسك بعدم الإحتجاج بالتصرفات التي قام بها المفلس خلال فترة الريبة ، ولذلك إعتبرها أنصار هذا الرأي من الغير دائما في علاقتها بالمفلس .

---

(١) راجع تفصيلاً فى عرض هذا الرأى ، أندريه برونيه ، رسالتها سالفة الذكر ، ص ٥٥ ومابعدها ، ومن أنصار هذا الرأى فى الفقه المصرى ، د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٤٣٨ ، د/ على البارودى ، د. فريد العرينى ، المرجع السابق ، رقم ٢١٤-٣ ، ورغم أنهما يرفضان فكرة اعتبار الجماعة خلفا عاما للمفلس ويذهبان إلى القول بأن إستعمال الجماعة لحقوق المفلس هو أقرب إلى معنى الحلول منه إلى فكرة الخلف ، لأن أمين التفليسة يقوم بالتصرفات والتقاضى بدلاً من المفلس الذى غُلت يده ، ولا يقوم بهذه التصرفات نيابة عنه . ومع ذلك فهما يسلمان بصعوبة تكييف علاقة جماعة الدائنين == .

ثالثاً: رأى الأستاذة اندره برونه

١٣١ - ترى الأستاذة Andree Brunet [١] أن لغل يد المفلس مفهومان يساعدان على حل مشكلة صفة جماعة الدائنين بالنسبة للمفلس حيث يقوم المفهوم الأول لغل اليد le dessaisissement على إعتباره بمثابة حجز جماعي علي أموال المفلس مما يجعل جماعة الدائنين من الغير بالنسبة له ، ومن ثم لا تسري في مواجهتها التصرفات التي يجريها المفلس طوال قيام حالة غل ليد ، كما أنه لا يحتج في مواجهتها بالتصرفات التي أجراها المدين قبل غل يده ولكن لم تتخذ الإجراءات اللازمة للإحتجاج بها علي الغير ، كالقيد أو التسجيل ، قبل صدور حكم الإفلاس (م٥٨٩/٢ تجاري مصري) ، أى أن غل يد المدين المفلس هو الذي يمنح جماعة الدائنين صفة الغير .

أما المفهوم الثاني لغل اليد فيعتمد على أن غل اليد يمنع المفلس من إدارة أمواله والتصرف فيها ويخول جماعة الدائنين سلطات الإدارة والتصرف في هذه الأموال la masse recuperé les pouvoirs d'admiministration et de disposition du débiture، وبذلك تظهر كممثل قانوني للمفلس son représentant légal. وتنتهى صاحبة هذا الرأي إلى القول بأنه إذا

== بالمفلس استناداً إلى القواعد العامة للقانون ، وإنما يجب الاعتماد فى تكييفها على قواعد الإفلاس ، لأن فكرة غل اليد هى نوع من الفصل بين المدين المفلس وبين ذمته المالية وهذا الوضع غريب على القواعد العامة .

(١) راجع رسالتها السابق الاشارة اليها ، ص ٧٨ ومابعدها .

كانت جماعة الدائنين تعتبر من الغير في علاقتها بالمفلس إلا أنها تصبح ممثلا قانونيا له عندما تقوم بإدارة ذمته المالية il gere son patrimoine بواسطة السنديك الذي يعمل كعضو organe de la masse أو جهاز يمثل جماعة الدائنين ، كما يمثل رئيس مجلس الإدارة شركة المساهمة ، أى أنها تعطي جماعة الدائنين صفتين في علاقتها بالمدين الملفس : فهي تكون من الغير un tiers عندما تستعمل حقوقها التي تستمدها من القانون مباشرة ، كما أنها تعتبر الجماعة ممثلا قانونيا للمدين المفلس عندما تقوم بإستعمال سلطات الإدارة والتصرف في أموال المفلس الذى غلت يده عن إستعمالها بعد صدور حكم الإفلاس . وخاصة أن صاحبة هذا الرأي تري أن السنديك لايمثل المفلس في إدارة أمواله والتصرف فيها وإنما الذي يمثل المفلس هى جماعة الدائنين ، وما السنديك إلا عضو أو جهاز يمثل هذه الجماعة في علاقتها بالغير (١) . وبذلك إستبدلت صاحبة هذا الرأي صفة الجماعة كممثل قانوني للمفلس بصفة الخلف العام التي أضفاها البعض على الجماعة عندما تستعمل حقوق المفلس لدى الغير .

رابعاً: الطبيعة الخاصة لعلاقة جماعة الدائنين مع المفلس

١٣٢ - والراجح لدينا أن جماعة الدائنين تعتبر من الغير في

---

(١) راجع : أندره برونه ، رسالتها السابق الاشارة اليها ، ص ٣٤ ومابعدها ، وأيضا جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، رقم ١٣ ، ص ١٨ .

علاقتها بالمفلس ، لأنها تنشأ بقوة القانون بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس لكي تتولى المحافظة على حقوق الدائنين الذين تتكون منهم وحمايتهم من الضرر الذي قد يصيبهم من التصرفات التي قام بها المدين خلال فترة الريبة ،كما أنها تعمل على حماية الدائنين من بعضهم بعضا بتحقيق المساواة بينهم في إستيفاد ديونهم ، وخاصة بعد منع هؤلاء الدائنين من إتخاذ الإجراءات الإنفرادية ضد التفلسة أي ضد المدين المفلس . وجماعة الدائنين ، وهي تقوم بهذا الدور الذي حدده المشرع تستمد حقوقها من القانون مباشرة ، لأنها تخضع لقواعد خاصة بنظام الإفلاس ولا تخضع للقواعد العامة التي تنطبق على علاقة الدائن بالمدين . ومنذ صدور حكم شهر الإفلاس تنشأ جماعةالدائنين ، كشخص إعتباري ، للمحافظة على المصلحة المشتركة للدائنين المكونين لها ،وهذه المصلحة ليست بالضرورة المصلحة الخاصة بكل واحد من هؤلاء الدائنين .

وإذا قلنا أنها تعتبر من الغير بالنسبة للمفلس فليس معنى هذا خضوعها لمفهوم الغير المقصود فى قواعد القانون المدنى ، ولكنها "غير" وضع له المشرع قواعد خاصة في إطار نظام الإفلاس [١].

---

(١) ويرى الدكتور فاروق زاهر أنه لا مجال للبحث عن صفة جماعة الدائنين فى علاقتها ===

ولا يمكن وصف جماعة الدائنين بأنها من الخلف العام للمدين المفلس [١] لمجرد أنها تتكون من دائنيه الذين يعتبرون من الخلف العام له، لأن جماعة الدائنين تعمل بصفة مستقلة عن صفة كل واحد من هؤلاء الدائنين . هذا بالإضافة إلى أن المشرع أنشأ جماعة الدائنين لتقوم بدور إيجابى في إجراءات الإفلاس بعد أن غلت يد المدين المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، ومن ثم لا يجوز اعتبارها من الخلف العام للمفلس ، لأن الخلف العام تتأثر حقوقه بالتصرفات التي يقوم بها السلف ، أما الجماعة الدائنين فقد أوجدها المشرع لتقوم بإجراءات ، عن طريق ممثلها القانوني أمين لتفليسة ، هذه الإجراءات قد ترتب آثارا يلتزم بها المدين المفلس .

أما وصف جماعة الدائنين بأنها الممثل القانوني للمدين المفلس ، وما السنديك إلا عضو فيها يمثلها أمام الغير ، فهو وصف لا يمكن

=== بالمفلس ، سواء باعتبارها من الغير عندما تستعمل الحقوق المقررة لها مباشرة من القانون أو باعتبارها خلف عام عندما تستعمل حقوق المفلس الذى غلت يده عن ادارة أمواله والتصرف فيها . ولكن هذا الرأى يأتى من مقدمة سابقة وهى رأيه بأن هذه الجماعة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية وبالتالى ليس لها ذمة مالية مستقلة . راجع مؤلفه السابق الاشارة إليه ، ص ١٠٧ .

(١) راجع ، د/ على البارودى ، د/ فريد العرينى ، المرجع السابق ، رقم ٢١٤-٣ ، ص ٣١٧ ، حيث يريان أن التكييف الأقرب لمركز الجماعة هو الحلول القانونى بدلاً من المفلس وليس نيابة عنه . ولصعوبة ايجاد تكييف دقيق لمركز الجماعة فى اطار القواعد العامة للقانون ينبغى الاستناد مباشرة لقواعد الإفلاس .

الأخذ به في القانون المصري ، لأن المشرع جعل لأمين التفليسة صفة الممثل القانوني والنائب عن المفلس في جميع الدعاوى والأعمال التي تقتضيها إدارة أموال التفليسة والمحافظة عليها (م ١/٥٧٣ تجاري جديد) . هذا بالإضافة إلي عمله كممثل لجماعة الدائنين [١].

١٣٣- وإذا كان الرأي قد إختلف بشأن تحديد صفة جماعة الدائنين في علاقتها بالمفلس على هذا النحو ، فالسبب في هذا الإختلاف هو البحث عن أساس قانوني يلتزم بموجبه المدين المفلس بالآثار القانونية الناشئة عن الإستمرار في تشغيل تجارته خلال فترة الإجراءات التمهيدية بعد صدور حكم شهر الإفلاس . ولذلك نجد أن هذه الآراء تحاول نسبة هذه الآثار (وخاصة الديون الجديدة) إلي جماعة الدائنين ، حتي يكون الدائنون الجدد دائنون لجماعة الدائنين ، ومن ثم يحصلون على ديونهم بالأولوية على غيرهم من الدائنين في جماعة الدائنين ، ومن أجل ذلك فهذه الآراء تصور جماعة الدائنين على أنها هي التي تقوم بتشغيل تجارة المفلس ، إما بصفتها من الخلف العام له وإما بصفتها ممثلا قانونيا للمفلس . والحقيقة أن الديون التي تنشأ نتيجة الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس هي ديون على المدين المفلس الذي ينوب عنه أمين التفليسة في إدارة أمواله ، ومن ثم يكون الدائنون الجدد دائنون للمفلس أو دائنون للتفليسة وليسوا دائنين لجماعة الدائنين ، وهذا ما سيتضح لنا من خلال المطلب التالي .

---

(١) راجع د/ مصطفى طه ، المرجع السابق ، رقم ٧٩٣.

المطلب الثالث

الدائنون الجدد دائنون للجماعة أم للمفلس ؟

تطور صفة الدائنون الجدد بالنسبة للجماعة والمفلس :

١٣٤ - مر تحديد العلاقة بين الدائنين الجدد - الذين نشأت ديونهم نتيجة الاستمرار في تشغيل تجارة المفلس - من ناحية وبين كل من جماعة الدائنين والمفلس من ناحية أخرى بعدة مراحل ، حيث بدأ الرأي بإعتبارهم دائنون لجماعة الدائنين كشخص إعتباري les créanciers de la masse personne morale ثم إعتبرهم دائنون لجماعة الدائنين ودائنون للمفلس في نفس الوقت le créancier de la masse est considere comme étant le créancier a la fois de la masse personne morale et du débiteur ، وأخيرا ظهر رأي الأستاذة أندره برونه الذي يميز بين دائني جماعة الدائنين بالمعنى الدقيق الذين أطلقت عليهم إسم les vrais creanciers de la masse ودائني المفلس الذين أطلقت عليهم إسم les faux créanciers de la masse أي الدائنون الذين ينسبون خطأ لجماعة الدائنين .

وسنتناول تطور مفهوم دائني جماعة الدائنين حتى نصل إلى تحديد المدين الحقيقي أمام هؤلاء الدائنون الجدد ، والذي سيتضح لنا أنه هو المدين المفلس ، الذي لم يفقد ملكية أموال تجارته التي يستمر أمين التفليسة في تشغيلها لحسابه ، ومن ثم تدخل الآثار الناشئة عن هذا

الإستمرار في التشغيل ، سواء كانت حقوقا أو إلتزامات ، في ذمة المفلس ، وبالتالي يقع ضمان هؤلاء الدائنين على أمواله التى تمثل الجانب الإيجابي لذمته المالية .

أولا : الدائنون الجدد دائنون لجماعة الدائنين

١٣٥ - منذ أن إستقر الرأي السائد على الإعتراف لجماعة الدائنين بالشخصية الاعتبارية وبالتالي الذمة المالية المستقلة ، ذهب الرأي إلى إعتبار جماعة الدائنين أهلا لأن تكون دائنا أو مدينا للغير الذين يتعاملون مع السنديك بإسم هذه الجماعة (١) . وعلي ذلك بدأ النظر إلي الدائنين الجدد على أنهم دائنون لجماعة الدائنين (٢). وطبقا لهذا الرأي تتعدد مصادر ديون جماعة الدائنين ، فتشمل مصاريف إدارة التفليسة ، كأتعاب السنديك وأتعاب المحامين الذين يباشرون قضايا التفليسة ومصاريف الدعاوى التى ترفعها الفليسة أو ترفع عليها أو التي تستمر فيها ويصدر الحكم ضدها ، وكذلك الرسوم والضرائب المستحقة على الأموال التي تدخل في أصول التفليسة (٣) كما تعتبر ديونا على جماعة الدائنين الإلتزامات الناشئة عن العقود التي يجريها

(١) راجع د/ على يونس ، المرجع السابق ، رقم ٢٧٩ ، د/ على الباردوى ، د/ فريد العرينى ، المرجع السابق ، رقم ٢٥٦ - ٦ ، ص ٣٦٦ ، رقم ٢١٣-٢ ، ص ٣١٤.

(٢) راجع د/ على الزينى بك ، أصول القانون التجارى ، الجزء الثالث ، الافلاس ، طبعة ١٩٤٦ رقم ٢٢٥ ص ٨٠ ، د/ محمد بهجت قايد ، المرجع السابق ، رقم ٣٤٢ ، ص ٢٩٤ ، د/ عبدالفضيل محمد أحمد ، المرجع السابق ، رقم ٢٥٦ ، ص ٢١٣ ، د/ على جمال الدين عوض ، المرجع السابق ، رقم ٢٢١ ، د/ محمد صالح ، المرجع السابق ، رقم ٢٩٦ ، ص ٣١٧.

(٣) راجع د/ مصطفى طه ، المرجع السابق ، رقم ٧٤١ ، ص ٦٧٨ .

السنديك بإسمها ، سواء أجراها بنفسه ، كما إذا قرر الإستمرار في تجارة المفلس خلال فترة الإجراءات التمهيدية وإشترى بضاعة للمحل أو إستخدام عمالا للمصنع ، وقد يكون المفلس هو الذي أبرم هذه العقود قبل شهر الإفلاس وإستمر السنديك في تنفيذ هذه العقود بإسم ولحساب جماعة الدائنين (١). كما تعتبر ديونا على جماعة الدائنين المبالغ التي يحكم بها كتعويض للضرر الذي وقع نتيجة الأخطاء التي إرتكبها السنديك أثناء إدارة أموال التفليسة ، وكذلك المبالغ التي تلتزم جماعة الدائنين بدفعها على أساس قواعد الإثراء بلا سبب (٢).

وإنتهي أصحاب هذا الرأي إلى أن هذه الإلتزامات تتقرر على الشخص المعنوي (جماعة الدائنين) وحده دون المفلس ، وينصب ضمانهم على أموال التفليسة ، ويكون أربابها دائنين بها لجماعة الدائنين ، ولذلك أطلق عليهم الدائنون لجماعة الدائنين تمييزا لهم عن أفراد هذه الجماعة الذين يعرفون بإسم الدائنين في الجماعة (٣) .

وقد سارت محكمة النقض المصرية في هذا الإتجاه عندما قررت أن " مفاد نص المادة ٢٦٢ من قانون التجارة (الملغي) أنه يجوز لوكيل الدائنين بعد إستئذان مأمور التفليسة أن يستمر في تجارة

---

(١) راجع د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٤٤٣.

(٢) راجع د/ سعيد محمد السعيد الهياجنة ، رسالته السابق الاشارة اليها ، ص ١٦١ - ١٦٤.

(٣) راجع ، د/ على يونس ، المرجع السابق ، رقم ٢٧٩ ، ص ٣٤٠ ، د/ عبدالفضيل محمد أحمد ، المرجع السابق ، رقم ٢٥٦ ، ص ٢١٣ ، د/ محمد بهجت قايد ، المرجع السابق ، رقم ٣٤٢..

المفلس إما بنفسه أو بواسطة شخص آخر يوافق مأمور التفليسة على إختياره ، وتعتبر الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقود المبرمة بمناسبة الإستمرار في التجارة حقوقا وإلتزامات على جماعة الدائنين(١) " .

١٣٦ - ومن الجدير بالذكر أن الفقه والقضاء المصريين قد إتبعا في هذا الشأن الرأى السائد في الفقه والقضاء الفرنسيين (٢) . حيث يرون فيمن ينشأ دينه نتيجة التعامل مع السنديك ، كممثل لجماعة الدائنين ، بإعتبارها شخص إعتباري ، يعتبر دائنا للجماعة ، وهي الملتزمة في مواجهته la masse est leurs obligée ، ومن ثم يكون لهم الأفضلية préférence على أموالها l'actif de la masse فيستوفون ديونهم قبل أن يتم أي توزيع بين أعضائها des repartitions entre ses membres ، حيث تخصص هذه الأموال للوفاء بهذه الديون الناشئة عن العقود التي أبرمها السنديك des engagements de diverses natures contractés par le syndic الذي يشبهون مركزه بالممثل القانوني لشركة المساهمة la société anonyme ، ومن ثم يكون الدائنون للجماعة في مركز

---

(١) راجع حكمها فى الطعن رقم ٩٨٩ لسنة ٤٤ قضائية ، جلسة ٢٥ اكتوبر ١٩٧٨ ، مجموعة أحكام النقض المدنى ، السنة ٢٩ ص ١٦٢١.

(٢) راجع تفصيلا ، رسالة الأستاذة أندره برونه ، السابق الإشارة اليها ، رقم ٦٧ ، ص ٩٢ ومابعدها .

الدائنين للشركة الذين تنشأ ديونهم نتيجة التعامل مع ممثلها القانوني ، بما يجعل لدائني الجماعة حق الحصول على ديونهم من أموال التفليسة بالأولوية وقبل التوزيع على الدائنين فى الجماعة ، وذلك كما هو مقرر بالنسبة لدائني الشركة الذين يستوفون ديونهم من رأس المال قبل التوزيع على الشركاء .

ومع ذلك فقد واجه هذا الرأي صعوبتان ، الأولي تتعلق بمدي وجود ذمة مالية مستقلة لجماعة الدائنين ، وخاصة قبل إعتراف محكمة النقض الفرنسية صراحة بوجودها في عام ١٩٦٤ ، حيث ذهب البعض[١] إلى القول بأن من يطلق عليهم دائنو جماعة الدائنين ليسوا إلا مجرد دائنين للمفلس ، لأن جماعة الدائنين عبارة عن كيان تصوري la masse est un etre imaginaire du caractere fictif du patrimoine de la masse ، حيث لا تملك أموالا خاصة n'avait pas d'actif propre يمكن تقديرها بالنقود لكي يمارس عليها هؤلاء الدائنون حقهم في إستيفاء ديونهم [٢] . وقد وصف البعض ذمة جماعة الدائنين بأنها ليست إلا ذمة مستعارة أو ذمة توجد في حالة

---

(١)راجع تالير ، مشار اليه فى رسالة الأستاذة أندره برونه ، سابق الاشارة اليها ، ص٩٤.

(٢) ريبير وربلو ، مشار اليه فى رسالة أندره برونه ، السابق الاشارة اليها ، ص ٩٥.

إتحاد وثيق مع الذمة المالية للمدين المفلس le patrimoine de la masse n'est qu'un patrimoine d'emprunt ou un patrimoine vivant en symboise avec celui du debiteur [(١)]

أما الصعوبة الثانية فتتعلق بالأضرار التي تترتب علي إعتبارهم دائنون لجماعة الدائنين ، حيث ينحصر ضمانهم في أموال هذه الجماعة ، على فرض وجود أموال خاصة بها ، ومن ثم لا يستطيعون مطالبة المفلس بهذه الديون لو لم تكف أموال الجماعة للوفاء بها كاملة (٢) . هذا بالإضافة إلى أن الأمر يزداد تعقيدا إذا إنتهت حالة الإفلاس وزالت جماعة الدائنين قبل الوفاء بهذه الديون ، ولا شك أن ذلك يضعف ضمان هؤلاء الدائنون de reduire considerablement le gage الذين نشأت ديونهم نتيجة إستمرار نشاط المفلس بعد صدور حكم الإفلاس(٣). ويري البعض (٤) أن هذه الصعوبة لم يتم التغلب عليها حتى بعد أن إستخدمت محكمة النقض الفرنسية ، وتبعها في ذلك عدد

---

(١) راجع: M. Lucas ، المرجع السابق ، رقم ٣ وأيضا جرانجه ، تعليقه على حكم النقض الفرنسى بتاريخ ١٧ يناير ١٩٥٦ السابق الإشارة اليه .

(٢) وخاصة أن حكم النقض الفرنسى ١٦ مارس ١٩٦٥ حرم جماعة الدائنين من مصدر هام للأموال التي تدخل فى ذمتها ، حيث لا يدخل ذمتها نتائج الاستمرار فى استغلال تجارة المفلس - أندريه ص ٩٧.

(٣) راجع ، ميشيل هاردوان ، رسالته السابق الإشارة إليها ، ص ٧٤ .

(٤) راجع : أندره برونه ، المرجع السابق ، ص ٩٤.

من الفقهاء ، مصطح أموال التفليسة بدلا من أموال جماعة الدائنين
، d'actif de la faillite plutot que d'actif de la masse
لأن حصول هؤلاء الدائنون الجدد على ديونهم من أموال التفليسة (وهي أموال المفلس) يقتضي منهم أن يثبتوا وجود إلتزام جديد إضافي superposee على المفلس ، ومع ذلك تظل جماعة الدائنين ملتزمة تجاه هؤلاء ، لأن الالتزام أو التصرف قد تم بواسطة السنديك بصفته ممثلا لهذه الجماعة .

وأمام هذه الصعوبات القانونية والمخاطر التي يتعرض لها الدائنون الجدد ، بما يهدد نجاح إستمرار تشغيل مشروع المفلس ، فقد إتجه الرأي إلى القول بإعتبارهم دائنون لجماعة الدائنين ودائنون للمدين المفلس في آن واحد .

ثانيا : الدائنون الجدد دائنون للمفلس ولجماعة الدائنين .

١٣٧ - أراد الفقه الفرنسي (١) أن يوفق بين التناقضات الناشئة عن الإعتراف لجماعة الدائنين بذمة مالية مستقلة يقع عليها ضمان الدائنون الذين نشأت ديونهم نتيجة الإستمرار في نشاط المفلس ، وخاصة أن الجانب الإيجابي لهذه الذمة يكون ضعيفا بما لا يسمح غالبا

---

(١) راجع تفصيلاً : ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ٦٠ ص ٦٨ ومابعدها ، أندره برونه، المرجع السابق ، رقم ٦٩ ، ص ٩٦ ومابعدها .

بالوفاء بحقوق هؤلاء الدائنين ، وقد وجد الفقه وسيلة التوفيق في النظر إلى هؤلاء الدائنين الجدد (دائني جماعة الدائنين) بإعتبارهم دائنون لجماعة الدائنين كشخص إعتباري ودائنون للمدين المفلس في آن واحد ، ومن ثم يقع ضمانهم العام على الذمة االمالية للمفلس وعلي الذمة المالية لجماعة الدائنين أيضا un droit de gage général sur le patrimone du failli aussi bien qu sur le patrimoine de la messe . وترجع هذه الإزدواجية في الضمان dualité de gage إلي قيام السنديك بتمثيل المدين المفلس وتمثيل جماعة الدائنين في وقت واحد (١) .

واستند الفقه في هذا الرأي إلى ظهور مصطلح أموال التفليسة l'actif de la faillite بدلا من أموال جماعة الدائنين l'actif de la masse في أحكام محكمة النقض الفرنسية حيث استنتج الفقه أن وقوع ضمان الدائنون الجدد (دائني جماعة الدائنين) على أموال التفليسة يعني أن هذه الأموال لا تقتصر على الأموال الموجودة فى ذمة جماعة الدائنين ولكنها تشمل أيضا الأموال الموجودة في الذمة المالية

---

(١) راجع :

HOUIN , Not . saus cass . com. 27 octobre 1964 , Rev. tri. dr. com. 1965 , p. 183, N. 29.

وأيضا ريبير وربلو ، مشار إليه فى رسالة أندره برونه سالفة الذكر ، ص ٩٨.

للمدين المفلس (١) ، ويتضح ذلك من حكمها الصادر في ٢٦ يونية ١٩٦٨ حيث قررت أن إستمرار الإستغلال la continuation de l'exploitation الذي يتم لمصلحة جميع الدائنين dans l'intérêt de tous les creanciers يترتب عليه تحميل أموال التفليسة (أموال التسوية القضائية) l'actif du règlement jugdiciaire بالديون الناتجة عن الاستمرار في الإستغلال ، وعلى ذلك يكون الغير الذين تعاقدوا مع المدين دائنون لجماعة الدائنين ويستطيعون إستيفاء حقوقهم قبل جميع الدائنين الآخرين . وفي حكم آخر بتاريخ ١٠ يونيه ١٩٦٨ ألغت محكمة النقض حكم محكمة الإستئناف الذي قرر أن دائني جماعة الدائنين لا يمكن أن يرجعوا إلا على أموال هذه الجماعة les biens de la masse وليس على أموال المفلس les biens du failli، وقررت محكمة النقض أن صفة دائن جماعة الدائنين la qualité de créancier de la masse تسمح لصاحبها بإستعمال حقوقه على الأموال الموجودة في حساب التفليسة au compte de la faillite ، أي على أموال المدين وأموال جماعة الدائنين (٢).

١٣٨ - وقد إنتقد الأستاذ كبرياك (٣)، وهو ممن ينكرون وجود

---

(١) راجع أندره برونه ، المرجع السابق ، ص ٩٧.

(٢) مشار إلي هذه الأحكام في رسالة أندره برونه ، سالفة الذكر ، ص ٩٨ ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٦٦ رقم ٥٨.

(٣) M.CABRILLAC, Note sous cass. com. 27 octobre 1964 , D. 1965, p. 129.

الذمـة المـاليـة لجـمـاعـة الدائنين farouche adversaire du patrimoine de la masse الرأي السـابق لمـا يتـرتب عليـه من مـشكلات عـمليـة ، حـيث أن الإعـتـراف لدائني جـمـاعـة الدائنيـن بحق إستيفاء ديونهم كاملة بالأولوية من أموال أي من الذمتين يؤدي أحيانا إلي نتائج ضارة des résultats facheux بالدائنين أصحاب حقوق الإمتيازات les créanciers privilégiés السابقـين على صدور حكم الإفلاس ، لأنه يسمح لدائني جماعة الدائنين بإستيفاء حقوقهم من أموال المفلس وإستنفادها l'epuisent رغم أن الذمة المالية لجماعة الدائنين مغلقة على الأموال التي تسترها من الغير ، وخاصة أن محكمة النقض الفرنسيـة قـررت عدم أحقيـة الدائنين أصـحـاب حقوق الإمـتـيـاز العامة (الخزانه العامة) في التنفيذ على المبالغ التى يدفعها مديري الشركة لتكملة العجز في أصول هذه الشركة في حالة إفلاسها ، حيث قـررت أن هذه المبـالغ تدخل الذمـة المـاليـة لجـمـاعـة الدائنين ولا تدخل الذمة المالية للمفلس (١) .

هذا بالإضافة إلي أن القول بإعتبار الدائنون الجدد دائنون لجماعة الدائنين ودائنون للمفلس في أن واحد ، من شأنه أن يثير التساؤل حول مدي الإستقلال الذي تتمتع به جماعة الدائنين في علاقتها بالمفلس .

---

(١) راجع حكم النقض الفرنسى ٢٧ اكتوبر ١٩٦٤ سالف الذكر .

كما أنه يضفي ظلالا من الشك حول ذمتها المالية بعد الإعتراف لها بالشخصية الإعتبارية ، وخاصة أن البعض يري الخطورة في الإعتراف لجماعة الدائنين بالشخصية الإعتبارية ، لأنه يجعل منها صاحب الحق الوحيد le seul sujet في العلاقات القانونية التي تنشأ بعد صدور حكم الإفلاس ، مع أنه في الواقع ، أن معظم الحقوق التي تصبح مقررة لجماعة الدائنين ، تدخل أيضا في الذمة المالية للمدين المفلس (١) .

وتري الأستاذة أندره برونه (٢) أن الخطورة الحقيقية فى الإعتراف لجماعة الدائنين بالشخصية الإعتبارية والذمة المالية الخاصة تكمن في الاتجاه نحو جعل جماعة الدائنين هي صاحب الحق الوحيد في جميع العلاقات القانونية اللاحقة على صدور حكم الإفلاس ، دون أن يأخذ في الإعتبار صف جماعة الدائنين في علاقتها بالمدين المفلس . بالإضافة إلي أن هذا الإتجاه تجاهل أنه غالبا ما تقوم جماعة الدائنين بتمثيل المدين الذي تدخل في ذمته المالية جميع الآثار الناشئة عن التصرفات التي أجراها السنديك ، الذي يمثل جماعة الدائنين كشخص إعتباري . وبذلك ظهر الإتجاه الثالث الذي يقسم الدائنين الجدد (دائني جماعة الدائنين) إلى دائنين حقيقيين لجماعة الدائنين ، ودائنين خطأ لجماعة الدائنين (وهم في الحقيقة دائنون للمفلس) .

---

(١) راجع: GRANGER, Note sous cass . com. 17 janvier 1956 , J. C. P. 1956 , II, V. 9601.

(٢) راجع رسالتها السابق الإشارة إليها ، ص ٩٩ - ١٠٠

ثالثا: الدائنون الجدد إما دائنون لجماعة الدائنين وإما دائنون للمفلس

١٣٩ - يذهب البعض[١] **إلي تقسيم من يطلق عليهم دائني جماعة الدائنين les créancier de la masse إلي طائفتين: الأولي يطلق عليها الدائنون الحقيقيون لجماعة الدائنين** les vrais créanciers de la masse, وهم دائنوا الجماعة بالمعني الدقيق، **أما الطائفة الثانية فيطلق عليها الدائنون الخطأ لجماعة الدائنين** les faux créanciers de la masse وهم في الحقيقة دائنون للمدين المفلس ولكنهم يوضعون خطأ ضمن دائني جماعة الدائنين. ويقوم هذا التقسيم علي أساس تحديد صفة جماعة الدائنين عند إجراء التصرف أو القيام بالعمل الذي نشأ عنه الدين [٢]، حيث تعمل هذه الجماعة بصفتين في إطار إجراءات الإفلاس، **الصفة الأولى**: أن تعمل أو تتصرف بإعتبارها من الغير بالنسبة للمدين المفلس، وينشأ عن التصرف أو العمل بهذه الصفة ديون جماعة الدائنين بالمعني الدقيق، ويكون أصحاب هذه الديون دائنون حقيقيون للجماعة، **أما الصفة الثانية**: فهي أن تعمل أو تتصرف بإعتبارها ممثلا قانونيا للمدين

---

(١) راجع، أندره برونه، المرجع السابق، ص ٨٩ ومابعدها، جان ليك هيناف، المرجع السابق، ص١٣.

(٢) راجع تفصيلاً فى أساس التمييز بين هاتين الطائفتين، رسالة أندره برونه، سالفة الذكر، ص ١٠١ ومابعدها، وأيضا جان ليك هيناف، المرجع السابق، ص ١٨.

المفلس الذي غلت يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، ومن ثم تقوم الجماعة بممارسة سلطات الإدارة والتصرف التي غلت يد المفلس عنها ، وهي تقوم بذلك بواسطة السنديك بإعتباره عضو فيها son organe ، أي أحد أجهزتها ، يمثلها في مواجهة الغير . وينشأ عن التصرفات أو الأعمال التي يقوم بها السنديك ، بموجب هذه الصفة ، ديون تدخل في الذمة المالية للمدين المفلس ، ويعتبر أصحاب هذه الديون دائنون للمفلس وليس لجماعة الدائنين بإعتبارها شخص إعتباري له ذمته المالية المستقلة .

وعلى ذلك ، طبقا لما يراه أنصار هذا الإتجاه ، يجب التساؤل عن الصفة التي كان يتصرف بها السنديك بإعتباره عضو في جماعة الدائنين، لكي نحدد ما إذا كان المدين الناتج عن هذا التصرف دين على جماعة الدائنين أم دين على المدين المفلس ، فإذا كانت الجماعة تتصرف كممثل للمدين ، فتستعمل نيابة عنه سلطات الإدارة والتصرف التي غلت يده عن إستعمالها بعد حكم الإفلاس ، فإن الديون التي تنشأ عن ذلك تدخل الذمة المالية للمفلس ، ويكون أصحاب الديون دائنون له، ومن ثم يقع ضمانهم على أمواله ، ويكون من الخطأ إعتبارهم دائنون لجمعة الدائنين . أما إذا كانت الجماعة تتصرف بإعتبارها من الغير بالنسبة للمدين المفلس ، فإن الديون الناشئة عن هذه التصرفات تدخل

ذمتها المالية ، ويكون أصحاب هذه الديون دائنون حقيقيون لجماعة الدائنين ، ومن ثم يقع ضمانهم علي أموالها(١) .

ويعترف أصحاب هذا الرأي بالصعوبات التي تواجه تطبيق معيار التمييز بين الدائنين الحقيقيين والدائنين الخطأ لجماعة الدائنين (بين دائني جماعة الدائنين كشخص إعتباري وبين دائني المدين المفلس) ، وهو صفة جماعة الدائنين عند إجراء التصرف أو القيام بالعمل - على الديون التي تنشأ بعد صدور حكم الإفلاس (٢). حيث ترى أن هذا المعيار لا ينطبق على الديون الناشئة عن الجرائم التي تقع من السنديك أثناء القيام بوظيفته أيا كانت الصفة التي يتصرف بموجبها أثناء إرتكاب هذه الجريمة ، أي سواء كان يمثل الجماعة بصفتها من الغير بالنسبة للمفلس أو يمثلها بصفتها هي الممثل القانوني للمدين المفلس ، ومن ثم ترى أن الديون التي تنشأ عن الجرائم وشبه الجرائم les délits et quasi -délits التي تقع من السنديك تعتبر ديونا على جماعة الدائنين كشخص إعتباري وأن الدائنين أصحابها هم دائنون حقيقيون لها ، لأن فكرة التمثيل l'idée de representation لا يتصور ne se concoit تطبيقها في مجال

---

(١) راجع ، أندره برونه ، المرجع السابق ، ص ١٠٣.
(٢) راجع ، أندره برونه ، المرجع السابق ، ص ١٠٧ ومابعدها .

العمل غير المشروع en matier délictuelle بسبب الطابع الشخصي للأخطاء du caractère personnel des fautes .
وعلي ذلك تري أن المضرور la victime من الجريمة التي إرتكبها السنديك في إطار الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، وهو فرض تمثل فيه جماعة الدائنين المدين المفلس ، لا يمكن اعتباره من الدائنين الخطأ لجماعة الدائنين (أي دائن للمفلس) ولكنه يعتبر دائما من الدائنين الحقيقين لهذه الجماعة بسبب ما تتمتع به من شخصية إعتبارية (١) . كما تعترف صاحبة هذا الرأي بالمشكلات التي يثيرها تطبيق هذا المعيار لتحديد المدين فى مواجهة الدائن الذى ينشأ دينه بعد صدور حكم الإفلاس ، إذا كان مصدر هذا الدين هو الإثراء بلا سبب d'un enrichissement sans cause (٢). أما تطبيق هذا المعيار فلا يثير أي مشكلات فيما يتعلق بالديون الناشئة عن العقود التي تبرمها جماعة الدائنين aux contrats passes par la masse وعن شبه العقود aux quasi contrats وبالنسبة للمصروفات aux frais التي تتحملها جماعة الدائنين خلال إجراءات الإفلاس .

وعلى ذلك تعتبر الديون الناشئة عن إستمرار تشغيل تجارة

(١) المرجع السابق ، ص ١٠٧.
(٢) راجع تفصيلاً ، أندره برونه ، المرجع السابق ، ص ١١١ ومابعدها .

المفلس ديونا عليه شخصيا ويقع ضمان أصحابها على ذمته المالية لأن جماعة الدائنين تتصرف باعتبارها مثلا قانونيا للمفلس . مثال ذلك العقود التي يبرمها السنديك وتكون لازمة لإستمرار النشاط ، وكذلك القروض التي يعقدها لتسهيل هذا الإستمرار ، كأن يكون الغرض من القرض إنهاء إجراءات إستلام بضائع ضرورية لإستمرار تجارة المفلس. أما إذا كان الغرض من القرض هو تسديد دائن مرتهن pour désinteresser un créancier hypothécaire لتطهير العقار من الرهن ليدخل الضمان العام للدائنين في الجماعة ، فإن الجماعة تتصرف لتحقيق مصلحة أعضائها ، وبذلك تعتبر من الغير بالنسبة للمفلس ، ومن ثم يعتبر المقرض دائنا للجماعة كشخص إعتباري .

ومن الجدير بالذكر أن الغالبية العظمى من العقود التي يبرمها السنديك للإستمرار في تجارة المفلس تظهر فيها جماعة الدائنين كممثل للمفلس ومن ثم تعتبر الديون الناشئة عنها ديونا على المفلس وأصحابها دائنون للمدين المفلس وليسوا دائنين لجماعة الدائنين [١] ، ويسري ذات الحكم في حالة طلب السنديك الاستمرار في تنفيذ العقود المستمرة والتي لم ينتهي تنفيذها قبل حكم الإفلاس les contrats en cours، حيث تعتبر جماعة الدائنين ممثلا للمدين المفلس ، ومن ثم تكون الديون الناشئة عن الإستمرار في تنفيذ هذه العقود ديونا عليه

---

(١) راجع ؛ أندره برونه ، المرجع السابق ، ص ١٠٩.

وأصحابها دائنون للمفلس ، ويقع ضمانهم على ذمته المالية ، ولايعتبرون دائنون لجماعة الدائنين [١] .

وأيا كان الرأي بشأن بحث صفة الدائنين الجدد بالنسبة للمدين المفلس وبالنسبة لجماعة الدائنين ، لتحديد أيهم المدين في مواجهتهم ، والذي يقع ضمانهم على ذمته المالية ، فإن تطور مفهوم دائني جماعة الدائنين ، علي النحو السابق ، يتجه نحو الرأي الذي نراه صحيحا ومتفقا مع القانون المصري ، وهو إعتبارهم دائنون للمدين المفلس .

رابعا: *الدائنون الجدد دائنون للمدين المفلس*

١٤٠ - يذهب بعض الفقه الفرنسي [٢] إلى القول بأن الإستمرار في الإستغلال يرتب اثاره المالية في الذمة المالية للمدين المفلس la continuation de l'exploitation réalise ses effets patrimoniaux en la perssonne du debiteur ولا تترتب الأثار المالية عن الإستمرار في نشاط المشروع في ذمة الشخص الإعتباري الذي تكونه جماعة الدائنين ، وذلك لأن إستمرار نشاط المشروع لا يتم تحقيقا لمصلحة جماعة الدائنين فقط ، وإنما يتم أيضا بغرض تحقيق مصلحة المفلس أو المصلحة العامة التي قد يصيبها

(١) راجع : جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، ص ١٩.

(٢) راجع : ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ٦٤ ، ص ٧٣ ومابعدها ، ومن هذا الرأى فى الفقه المصرى راجع د/ فاروق زاهر ، المرجع السابق ، رقم ٦٦ ، ص ١٠٥.

ضرر من عدم إنقـاذ renfloue المشروع ، ولذلك لم يشترط المشرع موافقة الدائنين أو أخذ رأيهم بشأن ملائمة الإستمرار في النشاط خلال فترة الإجراءات التمهيدية (١) . هذا بالإضافة إلى أن القول بأن إستمرار النشاط يتم لحساب وتحقيقا لمصلحة جماعة الدائنين يبدو من الصعب التسليم بصحته وإتفاقه مع القواعد القانونية التي تقرر الإحتفاظ للمدين المفلس بملكية أمواله propriétaire ses biens رغم غل يده dessaisissement عن إدارتها والتصرف فيها (٢). حيث لايعنى غل اليد نزع ملكية المال من ذمة المدين لإضافته إلى ذمة الدائنين جميعا أو أحدهم إذ يظل المدين مالكا لأمواله (٣).

ويضيف أصحاب هذا الرأي (٤) أن القول بأن النشاط اللاحق لحكم شهر الإفلاس ينتج آثاره في الذمة المالية لجماعة الدائنين تترتب عليه نتائج غير مقبولة tres facheux من الناحية العملية ، **فمن ناحية أولى** يترتب على التصديق علي الصلح l'homologation du concordat عودة المدين على رأس تجارته وإنتهاء آثار غل اليد وإنحلال جماعة الدائنين dissolution de la masse فهل يمكن القول في هذه الحالة أنه ينبغي تصفية الأموال التي إكتسبتها جماعة

---

(١) المرجع السابق ، ص ٧٣ - ٧٤.

(٢) راجع ، كبرياك ، تعليقه على حكم النقض الفرنسى بتاريخ ١٩٦٤/١٠/٢٧ السابق الاشارة اليه .

(٣) راجع د/ رضا عبيد ، المرجع السابق ، رقم ٧٥٣ ، ص٧٥٤، أ.د/ سمير الشرقاوى ، القانون التجارى ، الجزء الثانى ، مصور من طبعة ١٩٨٤ ، رقم ١٤٨.

(٤) ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٧٤

الدائنين أثناء الإستمرار في النشاط وتوزيع ناتج التصفية على الدائنين الذين تتكون منهم هذه الجماعة ،أم يمكن القول بأنه يجب أن تتنازل جماعة الدائنين عن ملكية هذه الأموال إلى المدين الذي عاد على رأس تجارته بموجب هذا الصلح . بطبيعة الحال لا يمكن القول بأي من هذين الحلين ، لأن الأول يعرقل إصلاح المشروع ، أما الحل الثاني فيصطدم بمشكلات نقل الملكية problémes de mutation فضلا عن عدم فائدته .

ومن ناحية ثانية فإن هذا القول بأن إستمرار النشاط بعد حكم الإفلاس يرتب آثاره في ذمة جماعة الدائنين يترتب عليه إضعاف كبير لضمان الدائنين الذين نشأت ديونهم بسبب هذا الإستمرار في النشاط ، لأنهم يعتبرون دائنون لجماعة الدائنين فقط ، ومن ثم تخرج أموال المدين المفلس من الضمان العام لهؤلاء الدائنين .

ولتجنب كل ذلك يري أنصار هذا الإتجاه (١) ، وبحق، أن إستمرار الإستغلال بعد حكم الإفلاس ، سواء تم الإستمرار بواسطة المدين نفسه أو بواسطة السنديك ، وأيا كانت الغرض من هذا الإستمرار ، فإن ما يرتبه من آثار ، سواء كانت ديون أو حقوق ، تدخل الذمة المالية للمدين المفلس ، ويحتج في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات التي تتم

---

(١)راجع : ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٧٥ - ٧٦.

لتحقيق الإستمرار في نشاط المشروع ، وعلى عكس ما أكده الفقه التقليدي ، فإن الأشخاص الذين نشأت حقوقهم نتيجة إستمرار نشاط المشروع لا يعتبرون من دائني جماعة الدائنين ، ولكنهم دائنون للمدين المفلس .

وينبغي النظر إلى التكييف التقليدي لمركز هؤلاء الدائنين الجدد وإعتبارهم دائنين لجماعة الدائنين ، علي أن المقصود منه فقط هوالإشارة والتعبير عن المركز الممتاز la situation privilégiée المقرر لمن تعامل وقدم دعما partenaires للمشروع بعد حكم الإفلاس،وذلك في علاقتهم مع الدائنين الذين نشأت ديونهم قبل صدور هذا الحكم ، وبذلك يجب التخلي عن مفهوم المصطلح القديم " دائني جماعة الدائنين " الذي وجد نتيجة الإعتراف لجماعة الدائنين بذمة مالية مستقلة ، وترتيب آثار هذا الإستقلال المالي على الحقوق والديون ، فكما أن جماعة الدائنين لا تتملك إلا الأموال التي تؤول إليها نتيجة إستعمال حقوقها الخاصة droits propres فإنه لا يجوز تحميلها imputer إلا الديون الناشئة عن ممارسة هذه الحقوق ، ومن ثم يجب الإحتفاظ بصفة " دائني جماعة الدائنين " للأشخاص الذين يقع ضمانهم على الذمة المالية الخاصة لجماعة الدائنين . ويري أنصار هذا الإتجاه أنه يترتب على هذا القول الأخير أنه يخرج من ضمان هؤلاء الدائنين

الجدد أموال جماعة الدائنين ، ولكن هذا لا يعرقل إستمرار المشروع ، لإن المدين يظل مالكا لجميع الأموال التي كان يملكها وقت بدء إجراءات الإفلاس . كما أن أغلب الحقوق التي تنشأ بعد بدء الإجراءات تدخل أيضا في الذمة المالية للمدين . أما الحقوق الخاصة بجماعة الدائنين فهي في الواقع قليلة العدد وقد وضعها الفقه في مجموعتين : **الأولي** دعاوي تعويض الضرر الجماعي الذي يلحق جميع الدائنين ،مثل دعوي تكملة الديون التي ترفعها الجماعة ضد مدير الشركة المفلسة لتعويض العجز في أصول هذه الشركة .

أما المجموعة الثانية فهي دعاوي عدم نفاذ les actions en inopposablité التصرفات التي أجراها المفلس خلال فترة الريبة la période suspecte .

١٤١ - وإذا كنا نؤيد إعتبار الدائنين الجدد - الذين نشأت ديونهم نتيجة الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس خلال فترة الإجراءات التمهيدية - من دائني المدين المفلس ، نظرا لأن أمين التفليسة يقوم بتشغيل المتجر بصفته نائبا عن المفلس الذي غلت يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، ورغم ذلك يظل محتفظا بملكيتها ، بما يعني أن جميع الآثار القانونية الناتجة عن إدارة هذه الأموال تدخل فى ذمته المالية ، سواء كانت ديونا أو حقوقا ، ومن ثم يقع ضمان الدائنون الجدد على

الذمة المالية للمفلس ، وهذا ما إنتهى إليه الرأي الذي نؤيده في الفقه الفرنسي . ومع ذلك فإننا لا نؤيد هذا الرأي فيما يتعلق بقوله أن الآثار الناتجة عن إستعمال الحقوق الخاصة بجماعة الدائنين تدخل في الذمة المالية الخاصة لهذه الجماعة ، وضرب لذلك مثلا بدعاوى عدم نفاذ التصرفات الصادرة من المفلس خلال فترة الريبة ودعاوي التعويض عن الضرر الجماعي الذي أصاب الدائنين في هذه الجماعة . لأن هذا القول يبدأ من إفتراض لا نسلم بصحته ، وهو وجود ذمة مالية خاصة لجماعة الدائنين ، رغم الإعتراف لها بالشخصية الإعتبارية ، لأن وجود هذه الشخصية هو وجود غائي ، كما سبق القول (١)، يقتصر على الدفاع عن حقوق الدائنين الذين تتكون منهم هذه الجماعة ورعاية مصالحهم ، دون أن يكون الغرض من وجودها هو أن تحيا حياة الشخص الإعتباري العادي ، الذي ينشأ ليمارس نشاطا إقتصاديا أو إجتماعيا ، ويدخل بالتالي في علاقات قانونية وإقتصادية ، يقتضي الأمر وجود وعاء تصب فيه الآثار المالية الناشئة عن هذه العلاقات ، هذا بالإضافة إلى أن التصرفات التي يُقضى بعدم نفاذها تعيد المال إلى الذمة المالية للمفلس كما سبق القول ، ولكنها تظل صحيحة فيما بين طرفيها ، المفلس والمتصرف إليه valable inter partes (٢) .

---

(١) راجع ما سبق ، رقم ١٢٧ .

(٢) راجع : ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٧٧ هامش (١) .

١٤٢ - وإذا كان المشرع المصري قد ذكر في المادة١/٦٩١ من قانون التجارة الجديد مصطلح " ديون دائني جماعة الدائنين " بمناسبة تنظيم توزيع المبالغ الناتجة عن بيع أموال المفلس ، فإننا نرى أن المشرع لم يقصد بذلك الإعتراف لجماعة الدائنين بذمة مالية خاصة يكون لها دائنين مستقلين عن دائني المفلس ، وإنما جاء هذا المصطلح أخذا بما جرت عليه اللغة ، فيما سبق ، للتعبير عن المركز المتميز الذي يتمتع به هؤلاء الدائنين الجدد في علاقاتهم بالدائنين الذين نشأت ديونهم قبل صدور حكم الإفلاس . ولو كان المشرع يقصد غير ذلك ، فلماذا لم ينظم المركز القانوني لدائني جماعة الدائنين ؟ . هذا بالإضافة إلي أن ما يتم توزيعه هو حصيلة بيع أموال المفلس ومن المفترض أنها توزع بين دائنيه الذين يقع ضمانهم على ذمته المالية ، ولذلك لايستقيم القول بوجود ذمة مالية لجماعة الدائنين وأن الدائنين الجدد الذين نشأت ديونهم نتيجة الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس هم دائنون لهذه الجماعة ، ثم يستوفون ديونهم من الذمة المالية للمفلس . وقد كان من المنطقي أن يحصل هؤلاء علي ديونهم من ذمة جماعة الدائنين ، أما وأنها غير موجودة ، كما لا يوجد مال تملكه هذه الجماعة ، فقد جعل المشرع وفاء ديون من أطلق عليهم " دائني جماعة الدائنين " يتم من أموال المفلس ، وهذا يقطع بأن قصد المشرع لا يتعدي الإشارة إلى الأفضلية التى يتمتع بها هؤلاء الدائنون الجدد في علاقتهم بالدائنين

الذين نشأت ديونهم قبل صدور حكم الإفلاس ، وذلك تشجيعا لهم على التعامل مع أمين التفليسة عندما يستمر في تشغيل تجارة المفلس خلال فترة الإجراءات التمهيدية ، حتي ينجح في تحقيق المصلحة التي صدر الإذن بالإستمرار في تشغيل التجارة من أجل تحقيقها سواء كانت المصلحة العامة أو مصلحة المفلس أو مصلحة الدائنين .

زوال جماعة الدائنين في القانون الفرنسي الجديد

١٤٣ - جاء القانون رقم ٩٨ الصادر في ٢٥ يناير ١٩٨٥ بشأن الإصلاح (التقويم) والتصفية القضائية للمشروعات ليعيد تنظيم إجراء التنفيذ الجماعي (الإفلاس) على أموال المدين المتوقف عن الدفع . وقد أتم المشرع الفرنسي بهذا القانون التطور التاريخي الذي يهدف إلى تخليص نظام الإفلاس من السلطات المقررة للدائنين ، الذين كانت تتكون منهم جماعة الدائنين ، حيث لم يعد لهؤلاء الدائنين أي وجود جماعي في شكل جماعة الدائنين une masse أو جمعياتها ، كما كان موجودا في ظل القوانين السابقة . حيث لم يعد تحديد مصير المشروع متوقفا على قرار من جماعة الدائنين ، نظرا لأن دواعي السرعة إقتضت زيادة دور السلطة القضائية في الإجراءات ، وذلك بمنح المحكمة المختصة سلطة تحديد مصير المشروع [١] ، لأنه ليس من المنطقي البحث عن تقويم المشروع وإصلاح حالته المالية في ظل منح

---

(١) راجع كورين هوان ، بحث توزيع السلطات ، السابق الإشارة إليه ، ص ١٥ ومابعدها .

الدائنين الكلمة العليا في هذا الشأن . وبذلك أزال المشرع الدور الجماعي الذي كان يلعبه الدائنين le déclin des créanciers عن طريق جماعتهم في ظل نظام الإفلاس التقليدي وقانون التسوية القضائية وتصفية الأموال الصادر عام ١٩٦٧ [١] . حيث إختفت جماعة الدائنين ، والأموال التي كانت تعتبر أصولا لذمتها المالية أصبحت تدخل الذمة المالية للمدين . كما زالت بعض الصعوبات التي كانت مرتبطة بوجود هذه الجماعة [٢] ، سواء فيما يتعلق بالإعتراف لها بالشخصية القانونية والذمة المالية المستقلة وخاصة في نطاق دعوى المسئولية التي يرفعها السنديك بإسم الجماعة [٣] .

ومع ذلك يري البعض [٤] أنه طالما أن المشرع لم ينص صراحة في قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ على زوال جماعة الدائنين la disparistion de la masse وفي نفس الوقت لم يشر إلى دورها في الإجراءات ، فإن ذلك يفتح المجال لتفسير هذا الوضع من الناحية النظرية بوجهتي نظر . **الأولى : هي إلغاء جماعة الدائنين**. وتنطلق من القول بأنه لما

---

(١) راجع : كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٥.

(٢) راجع : ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، رقم ٢٨٢٥ ، ٢٩٩٢ ، ٢٩٩٣ .

(٣) راجع تفصيلا فى ذلك : د/ جمال عبدالمحسن أحمد ، مسئولية البنك التقصيرية بصدد فتح الاعتماد ، رسالة كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، ١٩٩٣ ، ص ٤٣٠ ومابعدها .

(٤) راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٢٢ ص ٢٤٢ ، ٢٤٣.

كانت جماعة الدائنين قد تحقق مبرر وجودها بمقتضى مضمون قانون ١٩٦٧ والنصوص السابقة عليه ، فإن وجود هذه الجماعة لم يعد يمثل فائدة من وجهة نظر قانون ١٩٨٥ ، لأن القرارات الأساسية les principales desisions بشأن المشروع أصبحت تتخذ بواسطة المحكمة المختصة وليس جمعية الدائنين l'assemble des créanciers وأن الإستغلال يستمر لمصلحة المشروع dans l'intérêt de l'entreprise وليس لمصلحة هؤلاء الدائنين . وبذلك تزول جماعة الدائنين بزوال الدور الذي كان مقررا في القوانين السابقة .

أما وجهة النظر الثانية : أن جماعة الدائنين لن يتم إلغاؤها la masse n'aurait pas été supprimee ، لأن وجودها كان نتيجة منطقية وضرورية لوجود الإجراء الجماعي ، وقد أقر القضاء في ظل القوانين السابقة تمتع هذه الجماعة بالشخصية الإعتبارية رغم عدم وجود نص صريح من المشرع ، لأن الإعتراف بوجود هذه الشخصية لايحتاج إلي إعتراف صريح طالما توافرت شروط معينة في هذا التجمع الذي يعترف له المشرع بصلاحية التعبير الجماعي للدفاع عن مصالح مشروعة d'intérêt licites ولما كان وجود جماعة الدائنين وتمتعها بالشخصية الإعتبارية لم يتقرر بنص صريح ، فإن قانون ١٩٨٥ لايستطيع إلغاء جماعة الدائنين التي كان وجودها بعيدا عن أي تدخل

من المشرع . بالإضافة إلي أنه لا يمكن تصور وجود إجراء جماعي دون أدنى تنظيم للدائنين الذين يشاركون في هذا الإجراء ، وقد تحقق ذلك حيث نظم القانون الجديد تمثيل الدائنين بواسطة وكيل مشترك par un mandataire commun ، وهذا يدل على أنه إلى جوار المصالح الفردية المتفرقة d'interet individuels divergents توجد مصلحة جماعية un interet collectif ، وبذلك يمكن القول بأن جماعة الدائنين طردت من الباب وستعود من الشباك chassee par la porte , la masse rentrera par la fenetre .

ومع ذلك يسلم الفقه [١] بأنه أيا كان هذا الخلاف في التفسير فإن قيمته تظل على المستوي النظري sont asserz theoriques ، لأن قانون ١٩٨٥ فرض على الدائنين ، خلال فترة المراقبة ، أن يعلنوا عن وجودهم se faire connaitre ، كما قرر إنقاص بعض حقوقهم diminue certains de leur droits عما كان مقررا في القوانين السابقة ، لكي لا تؤدي مطالباتهم التى تتم في وقت غير مناسب des poursuites intempestives إلى عرقلة جهود إصلاح المشروع التي تعتبر الهدف الرئيسي الذي تدور حوله القواعد المقررة فى قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ بشأن الإصلاح والتصفية القضائية للمشروعات ، الذي

---

(١) راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٢٢ ، ص ٢٤٣.

جعل القاعدة الأساسية هي إستمرار نشاط المشروع خلال فترة المراقبة (فترة الإجراءات التمهيدية) ولذلك وضع تنظيما دقيقا لحقوق الدائنين الجدد الذين تنشأ ديونهم بصورة قانونية صحيحة نتيجة إستمرار نشاط المشروع خلال هذه الفترة ، حيث قرر لهم إمتيازا خاصا بموجب المادة ٤٠ من القانون سالف الذكر .

وطبقا لقانون ١٩٨٥لم يعد التمثيل الجماعي للدائنين كما كان عليه من قبل في ظل القوانين السابقة ، وإنما عن طريق ممثل الدائنين le représentant des créanciers الذي تعنيه المحكمة وتكون له وحده سلطة التصرف بإسم ولمصلحة الدائنين il a" seul qualité pour agir au mon et dans l'intérêt des créanciers وهو عضو في الإجراء الجماعي un organe de la procédure collectif يشارك في بعض العمليات ، ويستطيع القيام ببعض المبادرات initiatives بمفرده أو بالإشتراك مع المدير القضائي l'administrateur [(١)].

١٤٤ - خلاصة القول أن إستمرار تشغيل تجارة المفلس خلال فترة الإجراءات التمهيدية يترتب عليه ظهور دائنون جدد ، تنشأ ديونهم نتيجة التعامل مع أمين التفليسة فيما يتعلق بتشغيل تجارة المفلس ، وقد

(١) راجع بشأن سلطات ممثل الدائنين ، ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، رقم ٢٩٥٠.

رجحنا إعتبار هؤلاء الدائنين من دائني المفلس وليسوا دائنين لجماعة الدائنين كشخص إعتباري ، وهو ما إنتهي إليه الوضع فى القانون الفرنسي الجديد (٩٨ لسنة ١٩٨٥) الذي أعاد تنظيم الإجراء الجماعي الذي يفتتح في حالة توقف المدين عن الدفع ، حيث ألغى المشرع جماعة الدائنين التي كانت تقوم بدور هام في إطار نظام الإفلاس التقليدي ، ووضع تنظيما جديدا للدور الذي يلعبه الدائنون ، عن طريق الوكيل القضائي الذي تعينه المحكمة للتصرف بإسم ولمصلحة الدائنين، ولم يعد لجمعيات جماعة الدائنين وجود في القانون الجديد .

وإذا كانت هذه هي علاقة الدائنون الجدد بجماعة الدائنين وبالمفلس ، فإننا نتسائل عن علاقتهم بالدائنين القدامى الذين نشأت ديونهم قبل صدور حكم الإفلاس ، هل يتمتع الدائنون الجدد بحق أفضلية يسمح لهم بإستيفاء حقوقهم بالأولوية على الدائنين القدامى ، ودون الخضوع لإجراءات الإفلاس ؟ هذا ما نتناوله بالدراسة في المبحث التالي .

المبحث الثاني

العلاقة بين الدائنين الجدد والدائنين القدامي

(أفضلية دائني جماعة الدائنين [١]

تمهيد وتقسيم

١٤٥ - لا شك في أن نجاح أمين التفليسة في تحقيق الغرض الذي صدر من أجله الإذن له بالإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ،سواء كان هذا الإستمرار تقتضيه المصلحة العامة أو مصلحة المفلس أو الدائنين ، يتوقف على مدى إقبال الغير علي الدخول في علاقات قانونية مع أمين التفليسة ،تكون نتيجتها أن يصبح الغير دائنا ، لأن هذا الدائن يتعرض لخطر عدم إستيفاء دينه نتيجة تزاحمه مع الدائنين الذين نشأت ديونهم قبل صدور حكم الإفلاس ، حيث تقضي قواعد نظام الإفلاس بتفصيل هؤلاء الدائنين الذين صدر حكم الإفلاس وتقررت آثاره لضمان إستيفائهم لديونهم .

---

(١) نستعمل مصطلح دائنى جماعة الدائنين ، كما استعمله المشرع المصرى ، ولا نقصد بذلك اعتبارهم دائنون لهذه الجماعة كشخص اعتبارى ، ولكننا نستعمله بغرض توحيد اللغة مع المشرع ، مع تمسكنا باعتبارهم دائنون للمدين المفلس وأن المشرع لم يقصد من هذا المصطلح إلا التعبير عن المركز المتميز الذى يتمتع به هؤلاء الدائنين ، على النحو سالف الإيضاح .

وللتغلب على هذا الخطر الذي يتعرض له الدائنون الجدد ويعرقل نجاح أمين التفليسة في تحقيق الهدف من الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، فقد جرى الرأي منذ عهد بعيد علي القول بتمتع هؤلاء الدائنين الجدد بحق أفضلية le droit de préférence يخولهم إستيفاء حقوقهم بالتقدم على الدائنين القدامى ، وذلك من خلال المقابلة بين من أطلق عليهم دائني جماعة الدائنين les créanciers de la masse والدائنين في جماعة الدائنين les créanciers dans la masse[1]. وإذا كانت أفضلية هؤلاء الدائنين قد تقررت دون وجود نص قانوني وإعتمدت على مسلك قضائي عريق était admise par une jurisprudence séculaire لم ينكر أحد وجوده أبدا ne s'était jamais démentie [2] ، إلا أن الجدل قد ثار حول الأساس القانوني لهذه الأفضلية والقواعد التي يخضع لها هؤلاء الدائنين عند إستعمال أفضليتهم مع بعضهم بعضا .

وإذا كان هذا الجدل قد قام في القوانين الفرنسية المتعاقبة التي نظمت الإفلاس أو التسوية القضائية وتصفية الأموال ، فإنه المشرع

---

(١) راجع : ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٦٢ ، ص١٠٨٣ . ورسالة الاستاذة أندره برونه ، جماعة الدائنين ودائنى الجماعة ، السابق الإشارة إليها ، د/ علي الزينى ، المرجع السابق ، رقم ٢٥٥ ، ص ٨٠ ، د/ عبدالفضيل محمد أحمد ، المرجع السابق ، رقم ٢٥٦ ، ص ٢١٣ ، د/ على يونس ، المرجع السابق ، طبعة ١٩٩٢ ، رقم ٢٧٨ ، ص ٣٧٤- ٣٧٥ ، د/ محمد بهجت قايد ، المرجع السابق ، رقم ٣٤٢ .

(٢) راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٤٦ ، ص ٢٧٣ ، د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٢٤٢ .

الفرنسي قد إستفاد من ثروته الفقهية والقضائية التي أسفر عنها هذا الجدل ، حيث وضع نظاما دقيقا للمركز القانوني لهؤلاء الدائنين الجدد في القانون ٩٨ الصادر في ٢٥ يناير ١٩٨٥ بشأن الإصلاح والتصفية القضائية للمشروعات ، فقرر لهم حق أولوية un droit de priorité بموجب المادة ٤٠ منه التي وضع فيها القواعد المنظمة لاستعمال هذا الحق .

وإذا كان المشرع الفرنسى قد أنهى هذا الجدل ، إلا أن المشرع المصرى لم يتعرض لما يحسمه فى قانون التجارة الجديد ، رغم النص على السماح باستمرار تشغيل تجارة المفلس . ولذلك يكون من المفيد أن نعرض لتاريخ هذا الجدل فى القانون الفرنسى حتى يتضح لنا حل المشكلات التي تظهر عند تطبيق القانون المصرى .

١٤٦- لدراسة العلاقة بين الدائنين الجدد والدائنين القدامى وما يتمتع به الأولين من أفضلية على الأخيرين ، نبدأ بالبحث عن أساس حق الأفضلية ونطاقه ، ثم قواعد إستيفاء الدائنون الجدد لديونهم ، أخيرا نتناول تنظيم المشرع الفرنسي لمصير الدائنين الجدد وحق الأفضلية المقرر لهم في القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥ بشأن الإصلاح والتصفية القضائية للمشروعات . وسنخصص لكل مطلب مستقل .

المطلب الأول

أساس ونطاق حق أفضلية الدائنين الجدد

(دائني جماعة الدائنين)

الاعتراف بأفضلية الدائنين الجدد

١٤٧ - إستقر الرأي على أن الدائنين الذين نشأت ديونهم نتيجة إستمرار أمين التفليسة في تشغيل تجارة المفلس خلال فترة الإجراءات التمهيدية ، والتي تلي صدور حكم شهر الإفلاس وحتى إنعقاد جمعية الصلح ، وهم من أطلق عليهم دائني جماعة الدائنين ، يتمتعون بحق أفضلية un droit de préférence ، حيث لا يخضعون للقواعد التي يخضع لها الدائنون في جماعة الدائنين ، كما يجب أن تدفع ديونهم قبل إجراء التوزيعات على الدائنين في هذه الجماعة [1] .

وإذا كان الرأي قد إستقر على الإعتراف بهذه الأفضلية ، فإن ذلك لم يمنع وقوع الخلاف عند البحث عن الأساس القانوني لهذه الأفضلية ،

---

(١) راجع : د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٤٤٢ ، د/ على يونس ، المرجع السابق ، رقم ٢٧٩ ، د/ مصطفى طه ، المرجع السابق ، رقم ٧٤١ ، ص ٦٧٦ ، رقم ٨١١ ، ص٧٣٧ ، د/ علي البارودى ، د/ فريد العرينى ، المرجع السابق ، رقم ٢١٣-٢ ، ص ٣١٤ ، ٢٥٦ - ٦ ، ص ٣٦٦ ، د/ عبد الفضيل محمد أحمد ، المرجع والمكان السابقين ، د/ محمد بهجت قايد ، المرجع والمكان السابقين ، د/ على جمال الدين عوض ، المرجع السابق ، رقم ٢٢١، د/ سعيد محمد الهياجينه ، المرجع السابق ، ص ١٦٤ ، وفى الفقه الفرنسى : أندره برونه ، المرجع السابق ، رقم ٨٥ ، ص ١٢١ ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ٦٠ ص ٦٨ ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق رقم ٢٦٩ ص ٣٦٧ ، ليون ريجو موليير ، المرجع السابق ، ص ١١٣.

ولم يجـد الفقـه في ذلك حرجـا ، لأن في القـانون كـغـيره من العلوم الأخرى كثيرا ما يتم التوصل إلى الحل قبل التوصل إلى الدليل عليه il n'est pas rare que la solution précéd le raisonnemnennt[١] وخاصة أنه لا يوجد نص قانوني يقرر صراحة هذه الآفضلية مما دفع الفقه والقضاء الفرنسيين إلى البحث عن أساس لها بين القواعد العامة للقانون المدني وقواعد الإفلاس . فما هو الأساس الذي يقوم عليه حق الأفصلية المقرر لهؤلاء الدائنين الجدد (دائني جماعة الدائنين) ؟ .

اولا : الأساس القانوني لأفضلية الدائنين الجدد

١٤٦ - يتضح من الأراء التي قيلت بشأن تبرير حق أفضلية الدائنين الذين نشأت ديونهم نتيجة إستمرار السنديك في تشغيل تجارة المفلس ،أنها تنقسم إلي ثلاثة إتجاهات ، وهي في كل ذلك تسعى إلى التغلب على العقبة التي يمثلها المبدأ الذي يقضي بأنه " لا إمتياز إلابنص " pàs de privilége sans texte .

وقد تطورت هذه الإتجاهات على نحو مرتبط بتطور فكرة دائني جماعة الدائنين . فمن رأى أن هؤلاء الدائنين دائنون حقيقيون لجماعة الدائنين كشخص إعتباري يجد أن المبرر الطبيعي لحق الأفضلية المقرر

---

(١) راجع : تالير ، مشار إليه لدى جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، رقم ٢٦٩ ، ص ٣٦٨.

لهؤلاء الدائنين يكمن في وجود هذه الشخصية الإعتبارية التي تتمتع بذمة مالية مستقلة . أما من يرى أن هؤلاء الدائنين الجدد (دائني جماعة الدائنين) مجرد دائنين للمدين المفلس فإنهم يلجئون إلى فكرة الامتياز a' l'idée de privilège لتبرير حقهم في الأفضلية [١] .

الإتجاه الأول : يستند إلى فكرة الإمتياز كمبرر لحق الأفضلية

١٤٩ - يعتبر هذا هو أقدم الإتجاهات التي ظهرت لتبرير الأفضلية المقررة للدائنين الجدد على الدائنين القدامى الذين نشأت ديونهم قبل صدور حكم الإفلاس . وظهر هذا الإتجاه قبل أن يستقر الرأي علي الإعتراف لجماعة الدائنين بالشخصية الإعتبارية والذمة المالية المستقلة ، حيث تعتبر هذه الديون الجديدة ديون على المفلس ويقع ضمان أصحابها على ذمته المالية ، مما يجعلهم يتزاحمون عليها مع الدائنين القدامى .

ويعتمد هذا الإتجاه في تبرير أفضلية هؤلاء الدائنين على أساس أن ديونهم تعتبر إما من مصروفات الحفظ des frais pour la consrevation وإما من المصروفات القضائية des frais de justice ، وهما من الديون الممتازة طبقا للقواعد العامة في القانون المدني وقواعد الإفلاس .

---

(١) راجع : أندره برونه ، المرجع السابق ، رقم ٨٥ ص ١٢٢ ، ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٦٢.

١٥٠ - فذهب الأستاذ A . Wahl [١] إلى أن الدائنين الذين نشأت ديونهم بعد صدور حكم الإفلاس نتيجة التعامل مع السنديك يستفيدون من إمتياز مصروفات الحفظ privilège des frais de conservation ، لأن السنديك مكلف بالمحافظة على الضمان العام لدائني المفلس le gage des créanciers du failli. وقد أخذت بعض المحاكم بهذا الرأي ، حيث بررت محكمة إستئناف Besançon في حكمها الصادر بتاريخ ٣١ يوليو ١٩٦٣ ، حق الأفضلية الذي يتمتع به دائني جماعة الدائنين بالإمتياز المقرر لمصروفات الحفظ وإعتبرت المحكمة أن العدالة l'équité تقتضي ذلك ، لأن دخول هؤلاء الدائنين مع السنديك في العلاقات القانونية التي نشأت عنها هذه الديون كان له الفضل في المحافظة على الأموال التي يقع عليها ضمان الدائنين في جماعة الدائنين ، ومن ثم يجب أن يستوفوا هذه الديون أولا . وأضافت المحكمة أن هذه هي الإعتبارات التي يقوم عليها إمتياز الحفظ المقرر في القانون المدني الفرنسي (م٢١٠٢-٣)[٢].

ولكن لم يلق هذا الأساس تأييدا ، لأنه يتناقض مع فكرة الحفظ كما هي مقررة في فقه القانون المدني الذي يقصر هذا الإمتياز على

(١) مشار إليه في رسالة الأستاذة أندره برونه ، المرجع السابق ، رقم ٩٠.
(٢) راجع المادة ١١٤٠ من القانون المدني المصري أيضا .

المصروفات التي أنفقت لمنع الشئ من الهلاك de perir الكلي أو الجزئي ، أو الهدم en ruine ، أو الإنقراض de s'eteindre أو أن يصبح غير صالح للإستعمال impropre a` l'usage الذي يعطي له قيمته . هذا بالإضافة إلى أن هذا الإمتياز يقع علي ثمن الشئ الذي تم حفظه وليس على جميع أموال المدين . فضلا عن أن تطبيق ذلك في مجال الإفلاس لن يفيد هؤلاء الدائنين إذا نتج عن نشاط السنديك خسائر ، لأن تدخلهم لم يحافظ على أموال المفلس وإنما أدي إلى تخفيض ضمان الدائنين في الجماعة نتيجة هذه الخسائر (١) .

١٥١ - وناقش الأستاذ Meller(٢) مدى إمكان تبرير حق أفضلية هؤلاء الدائنين بإعتبار ديونهم من مصروفات إدارة التفليسة des dépenses de l'admimistration de la faillite التي قرر المشرع إستنزالها من المبالغ المحصلة من بيع المنقولات قبل التوزيع على الدائنين بنسبة ديونهم التي تحققت وتأيدت (٣). حيث يتسع مصطلح المصروفات les dépenses ليشمل الديون الناشئة عن العقود التي أبرمها السنديك لمصلحة جماعة الدائنين . ومع ذلك لم

---

(١) راجع ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ٦٨ ، أندره برونه ، المرجع السابق ، رقم ٩٠ ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، رقم ٢٨٤.

(٢) أشار إليه جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، رقم ٢٨٢.

(٣) المادة ٥٦٥ من تقنين التجارة الفرنسى القديم والمادة ٨٩ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ ، وهى تقابل المادة ٣٦٦ من قانون التجارة المصرى الملغى .

يقبل الأستاذ ميلر هذا التبرير ، لأن هذا النص يتعلق بترتيب الحقوق الممتازة عند توزيع المبالغ المتحصلة من بيع منقولات المفلس ، ولكنه لا ينشئ إمتيازا لدين معين .فضلا عن أن هذه الديون لا تعتبر من مصروفات إدارة التفليسة .

وقد ذهب البعض [١] إلي تبرير حق الأفضلية بالإستناد إلي الإمتياز المقرر للمصروفات القضائية ، au privilège des frais de justice ، حيث يري أن الديون الناشئة بعد صدور حكم الإفلاس نتيجة إستمرار السنديك في تشغيل تجارة المفلس تعتبر من المصروفات القضائية ، لأنها ناشئة في إطار الإدارة المخولة للسنديك بإعتباره وكيلا قضائيا un mandataire de justice ومن ثم يجب أن تدفع في نفس مرتبتها payable au même range ، لأن هذا الإمتياز لا يقتصر على المصروفات الخاصة بالإجراءات ولكنه يشمل جميع المصروفات الضرورية لتحقيق أكبر إستفادة ممكنة من أموال التفليسة pour tirer le meilleur parti possible de l'actif de la faillite [٢]. وقد أخذت بهذا الرأي محكمة Alençon التجارية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٤/١٠/٥ . حيث قررت أن

---

(١) راجع : هوان ، تعليقه على حكم محكمة Alencon التجارية بتاريخ ١٩٦٤/١٠/٥ ، المجلة الفصلية للقانون التجارى ، ١٩٦٥ ، ص ١٨٧ ، رقم ٣٤.

(٢) راجع فى هذا المعنى أيضا ، لوكاس ، المرجع السابق ، رقم ٤٠ ، ص ٩١٦ ، ٩١٧.

ديون دائني جماعة الدائنين تشبه المصروفات القضائية les créancs des créanciers de la masse sont assimilables dux frais de justice .[(١)]

ومع ذلك لم يلق هذا التبرير قبولا [(٢)] ، لأنه من الناحية القانونية يتجاهل أن الإمتيازات واردة على سبيل الحصر . وأن إمتياز المصروفات القضائية لا يشمل جميع المصروفات الناشئة خلال قيام حالة الإفلاس لمصلحة جميع الدائنين ولكنه يقتصر على الدائنين الذين نشأت ديونهم مرتبطة بالإجراءات ، والتي بدونها لا يمكن أن تنتهي الإجراءات بصورة طبيعية مثل مصروفات الحجز les frais saisie أو البيع de vente أو توزيع الثمن de distribution du prix ومصروفات دعاوي المفلس التي تهدف للمحافظة على ضمان الدائنين بالمعنى القانوني ، حيث تمنع خروج بعض أموال المدين من ذمته المالية ، وكذلك مصروفات المعارضة في الأحكام les frais d'opposition ورفع الأختام de levée des scellés ومصروفات الجرد d'inventaire والحراسة de s'équestre وإعداد الحسابات .

---

(١) راجع المجلة الفصلية للقانون التجارى ، ١٩٦٥ ، ص ١٨٧ ، رقم ٣٤ ، تعليق الأستاذ هوان .

(٢) راجع : جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، رقم ٢٨٣ ، أندره برونه ، المرجع السابق ، رقم ٨٩ ، ص ١٢٧.

هذا بالإضـافــة إلى أنه ليس من المنطقي أن يكون إمـتـيــاز المـصـروفـات القـضـائيـة هو أسـاس الإعـتـراف لهـؤلاء الدائنين بحق الأفضلية وهو أيضا الذي يتم على أساسه ترتيب هؤلاء فيما بينهم [١] . وهذا بالإضافة إلى أن الإمتياز المقرر للمصروفات القضائية لا يحتج به إلا في مواجهة الدائنين الذين إستفادوا من هذه المصروفات ، أو بمعني آخر علي ثمن الأموال التي أنفقت عليها هذه المصروفات [٢] أما الأموال الأخرى فلن يكون لهذا الإمتياز محل عليها [٣].

١٥٢ - وقد ناقش البعض [٤] إمكانية تبرير حق الأفضلية المقرر لدائني جماعة الدائنين عند رجوعهم على أموال المفلس بالإعتماد على قواعد الإثراء بلا سبب l'enrichissement sans cause .

ولكنه لم ير فـائدة من الإعـتـمـاد على هذه الفكرة التي لا تجـيـز الإثراء على حساب مصروفات أنفقها الغير ، حيث ينطلق هذا الرأي من أحكام القضاء التي تعتبر أن الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس يتم

---

(١) راج : ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ٦٨ ، ص ٧٨.

(٢) تنص المادة ١/١١٣٨ من القانون المدنى المصرى على أ " المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين فى حفظ أموال المدين وبيعها ، لها امتياز على ثمن هذه الأموال " .

(٣) راجع : أندره برونه ، المرجع السابق ، رقم ٨٩ ، ص ١٢٨ .

(٤) راجع : جـان ليك هيناف ، المـرجع السـابق ، رقم ٢٨٥ ، ص ٣٧٣ - ٣٧٥ ، أندره برونه ، المرجع السابق ، رقم ٩٢.

لمصلحة جماعة الدائنين dans l'intérêt de la masse des créanciers [١]. **لأن فائدة هذا المبدأ تقتضي أولا** وجود إثراء يحققه الدائنون في جماعة الدائنين ، ومن ثم لا يستطيع دائني جماعة الدائنين الحصول على ديونهم بالأفضلية على الدائنين في الجماعة إذا لم يأت الإستمرار في تجارة المفلس بإثراء أو إذا حقق خسارة .

ثانيا : أنه حتى في حالة تحقيق الدائنين الآخرين للمفلس مكاسب، نتيجة الإستمرار في النشاط الذي نشأت بسببه ديون دائني جماعة الدائنين ، فإنه لا يمكن القول بأن هذا الإثراء تم بدون سبب ، لأنه تحقق نظير ما لهم من حقوق لدى المفلس قبل شهر إفلاسه ، وهم في أفضل الظروف لن يحصلوا على أكثر من حقوقهم لديه .

ونرى أن قواعد الإثراء بدون سبب هي مصدر من مصادر الإلتزام ، وليس مصدرا لحقوق الإمتياز التي لا تتقرر إلا بنص القانون ، ومن ثم لا تصلح مبررا لما يتمتع به الدائنون الجدد من حق أفضلية .

الإتجاه الثاني :- اساس الأفضلية هي الشخصية الإعتبارية لجماعة الدائنين .

١٥٣ - ظهر هذا الإتجاه بعد أن إستقر الرأي السائد على تمتع جماعة الدائنين بالشخصية الإعتبارية والذمة المالية المستقلة عن الذمة المالية للمدين المفلس وعن ذمم الدائنين المكونين لها . حيث إنطلق

---

(١) وخاصة حكم النقض الفرنسي الصادر بتاريخ ٢٦ يوليو ١٩٦٨ المشار اليه لدى أندره برونه ، المرجع السابق ، ص ١٢٩.

هذا الإتجاه من مقدمة تقضي بأنه طالما أن جماعة الدائنين تعتبر شخصا إعتباريا فإن الديون التى تنشأ بعد صدور حكم الافلاس تعتبر ديونا على هذه الجماعة les créances de la masse وأصاحبها دائنون لجماعة الدائنين les créanciers de la masse ، ومن ثم فهم يتمتعون بحق أفضلية يخولهم إستيفاء ديونهم بالأولوية على الدائنين الذين تتكون منهم هذه الجماعة (١) ، ويشبه أنصار هذا الإتجاه مركز دائني جماعة الدائنين بمركزحملة السندات les obligataires أو دائنـي شركة المساهمة الذين تنشأ ديونهم نتيجة التصرفات التي أجراها ممثل الشركة ، حيث يعتبر الدائنون في الجماعة مثل المساهمون les actionnaires في الشركة الذين لا يحصلون على قيمة أسهمهم إلا بعد أن يستوفي دائنوا الشركة حقوقهم ، وكذلك الدائنون في الجماعة لا يحصلون علي حقوقهم إلا بعد أن يحصل دائنوا الجماعة على حقوقهم(٢).

ومع ذلك يري البعض (٣) أن هذا الرأي يصطدم بعقبة مؤداها أنه

---

(١) راجع : د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٤٤٢ ، د/ مصطفى طه ، المرجع السابق ، رقم ٧٤١ ، د/ علي يونس ، المرجع السابق ، ٢٧٩، د/ محمد بهجت قايد ، المرجع السابق ، رقم ٣٤٢ ، د/ عبدالفضيل محمد أحمد ، المرجع السابق ، رقم ٢٥٦ ، ص ٢١٣ ، حيث يرى أن ما يتمتع به دائنى الجماعة من أفضلية فى استيفاء ديونهم ليس باعتبارهم أصحاب حق امتياز ولكنهم يتقدمون على أساسا أنهم دائنون لجماعة الدائنين .

(٢) راجع : ليون ريجو موليير ، المرجع السابق ، ص ١١٣.

(٣) راجع تفصيلا : أندره برونه ، المرجع السابق ، رقم ٨٦ ، ص ١٢٤ .

إذا كان هؤلاء الدائنون دائنون لجماعة الدائنين فإن ضمانهم يقع علي ذمتها المالية فقط وليس على ذمة المدين المفلس ، مع الوضع في الإعتبار عدم تحديد محتوى الذمة المالية للجماعة ، هذا بالإضافة إلى أنه يجب أن يؤخذ في الإعتبار صفة جماعة الدائنين في علاقتها بالمدين المفلس عندما يقوم السنديك بإجراء التصرف الذي ينشأ عنه الدين ، فإذا كان يعمل بصفته ممثلا للجماعة بإعتبارها من الغير فإن الدين يكون دينا علي الجماعة والدائن هو دائن لجماعة الدائنين . أما إذا كان يتصرف ممثلا للجماعة التي تمثل المدين في إستعمال سلطات الإدارة والتصرف في الأموال التي غلت يده عن إدارتها والتصرف فيها ، فإن الدين يكون دينا على المفلس ، ويكون الدائن دائنا حقيقيا له وليس دائنا لجماعة الدائنين ، ومن ثم يقع ضمانه على الذمة المالية للمدين ، فكيف تفسر الشخصية الإعتبارية وجود حق أفضلية لهؤلاء الدائنين الجدد في علاقتهم بالدائنين القدامى للمفلس .

ولتجنب هذه العقبة ذهب البعض [١] إلى القول بأن جماعة الدائنين لا تلتزم شخصيا بوفاء الديون التى تنشأ نتيجة إستمرار السنديك فى تشغيل تجارة المفلس ، لأنها ديون الأخير وليست ديون الجماعة ، ولكن الأخيرة تتعهد بألا يحصل الدائنين الأعضاء فيها على حقوقهم من أموال المدين المفلس إلا بعد حصول هؤلاء الدائنين الجدد على حقوقهم،

(١) راجع : لوكاس ، المرجع السابق ، رقم ٤٠ ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، رقم ٢٨٨.

أي أنها تتعهد بضمان أن يحصلوا على حقوقهم بالتقدم en priorité علي أعضائها عند بيع أموال المفلس .

ومع ذلك يري البعض [١] أنه حتى لو فرض وجود مثل هذا الإلتزام الذي تعهدت به جماعة الدائنين فإنه لا يقدم تفسيرا كاملا ، لأنه إذا كان هذا التعهد يلزم الدائنين الأعضاء في الجماعة فهو لا يلزم الدائنين غير الأعضاء الذين يسري في مواجهتهم حق الأفضلية . ولما كانت الشخصية الإعتبارية لجماعة الدائنين لا تقدم إلا تبريرا جزئيا لحق الأفضلية فإنه يجب العدول عنها والبحث عن تبريرا آخر لحق الأفضلية .

الإتجاه الثالث: تبرير حق الأفضلية بإعتبارات واقعية .

١٥٤ - نظرا لصعوبة وجود تبرير قانوني l'impossibilité de trouver une justification juridique لحق الأفضلية المقرر لهؤلاء الدائنين الجدد الذين نشأت ديونهم نتيجة استمرار السنديك في تشغيل تجارة المفلس ، ذهب جانب من الفقه الفرنسي [٢] إلى القول بأن هذا الحق يجد تبريره في أسباب أو إعتبارات عملية خالصة des raisons exclusivement pratiques . وينطلق هذا الإتجاه من مقدمة مفادها أنه إذا كانت محكمة النقض الفرنسية ، في حكمها بتاريخ

---

(١) راجع : أندره برونه ، المرجع السابق ، رقم ٨٧ ، ص ١٢٥.

(٢) راجع : أندره برونه ، المرجع السابق ، رقم ٩٣ ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ٦٨ ص ٧٨-٧٩ ، ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٦٢ ، ص ١٠٨٤.

٢٦ يوليو ١٩٦٨ ،تعتبر أن إستمرار الإستغلال la continuation de l'exploitation ، الذي تسـبب pépiniere في ظهـور الدائنين الخطأ لجماعة الدائنين des faux creanciers de la masse الذين هم دائنون حقيقيون للمدين المفلس ، يتم لمصلحة جميع الدائنين dans l'intérêt de tous les créanciers ، فـهل يمكن القول بأن ظهور هؤلاء الدائنين دائما لمصلحة جميع دائني المدين يعتبر بمثابة مبرر أو أساس قانوني un fondement juridique لحق الأفضلية المقرر لهؤلاء الدائنين ؟

ورغم تسليم أنصار هذا الإتجاه بأن ظهور هؤلاء الدائنين نتيجة التصرف الذي تم لمصلحة جميع الدائنين الآخرين للمدين المفلس لايتضمن أي أساس قانوني يبرر حقهم في الأفضلية ، إلا أنهم يرون ضرورة عدم صرف النظر أو إهمال ماقام به هؤلاء الدائنون ، لأن هذا العمل جدير بأن يفسر حق الأولوية وأسباب الإعتراف به لهؤلاء الدائنين الجدد . حيث يأتي الإعتراف بهذا الحق إستجابة لضرورة واضحة répond à une évidente nécessité ذات مقتضيات إقتصادية des exigences économiques تهدف إلى توفير الإئتمان للمشروع الذي إنهارت حالته المالية l'entreprise défaillante، لكى يمارس نشاطه على أمل أن يتم إصلاحه أو أن تتم تصفيته في

أفضل الظروف التي تُرضي جميع الدائنين [1]، الذين زادت فرصتهم في الحصول على أكبر قدر من حقوقهم نتيجة الإستمرار في النشاط . هذا بالإضافة إلى إستفادة المدين نفسه من تدخل هؤلاء الدائنين سواء بإصلاح الحالة المالية لمشروعه أو بزيادة أصوله مما يساعد في سداد أكبر قدر من ديونه .

ولا يعتبر منح حق الأفضلية لهؤلاء الدائنين هو أمر تقتضيه العدالة exigée par l'équité فقط ولكنه يمثل أهمية عملية محل إعتبار ، لأنه سيكون من المستحيل أو الخيالي chimerique أن يستمر نشاط المشروع ونطلب من الغير أن يتعاملوا مع السنديك ويثقوا في جماعة الدائنين دون أن نعترف لهم بأي إمتياز عام d'aucan privilège général يضمن لهم إستيفاء ديونهم بالأولوية على الدائنين الذين تم إستمرار نشاط المشروع تحقيقا لمصلحتهم [2] .

١٥٥ - وإذا كنا نري سلامة الأساس المنطقي الذي يقوم عليه هذا الإتجاه الأخير في تبرير الإعتراف للدائنين الجدد بحق أفضلية في علاقتهم بالدائنين القدامى للمدين المفلس . حيث إستبعد قيام هذا الحق على أساس حقوق الإمتياز المقررة في القانون المدني ، سواء كان إمتياز

---

(١) راجع : لوكاس ، المرجع السابق ، رقم ٤٠ ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٧٩ .

(٢) راجع : أندره برونه ، المرجع السابق ، رقم ٩٣ ، ص ١٣١.

مصروفات الحفظ أو إمتياز المصروفات القضائية ، لأن هذه الإمتيازات تقررت لغايات معينة وتخضع لشروط محددة لا تنطبق على الديون التي نشأت بسبب الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس .كما إستبعد الشخصية الإعتبارية لجماعة الدائنين كأساس لحق الأفضلية ، لأن هؤلاء الدائنون هم دائنون للمدين المفلس وليسوا دائنين لجماعة الدائنين، ومن ثم يقع ضمانهم على ذمته المالية ويتزاحمون مع دائنيه القدامي الذين نشأت ديونهم قبل صدور حكم الإفلاس . هذا بالإضافة إلي عدم تسليمنا بوجود ذمة مالية مستقلة لجماعة الدائنين ، رغم الإعتراف لها بالشخصية الإعتبارية .

ومع ذلك نؤيد القول بأنه لا يكفي وجود الضرورات الإقتصادية التي يأتى حق الأفضلية إستجابة لها . كما لا تكفي إعتبارات العدالة ، لكي تقيم نظاما قانونيا un systeme juridique يقرر أفضلية هؤلاء الدائنون الجدد على الدائنين القدامي ، لأن هذه الإعتبارات تعتبر أفكار ذات طبيعة شخصية notions purement subjectives[١] . حيث يمكن القول أيضا أنه ليس من العدل وضع الدائنين القدامى في المرتبة الثانية بالنسبة للدائنين الجدد ، لأن إستمرار النشاط قد لا يحقق مصلحتهم فعلا [٢] ، ولذلك كان من

---

(١) راجع : جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، رقم ٢٨٠ ، ص ٣٦٩.

(٢) راجع : ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ٨٩ ، ص ٧٩.

الضروري أن يتدخل المشرع ليضع القواعد التي تنظم العلاقة بين هؤلاء الدائنين الجدد والدائنين القدامي للمدين المفلس وتقرر للأولين حقهم في الأفضلية ، لأن إستمرار النشاط قد يكون بهدف تحقيق المصلحة العامة أو مصلحة المفلس ، حيث يهدف إلى إنقاذ المشروع الذي يعتبر إحدى لبنات النظام الإقتصادي الذي يضار بإختفاء المشروع فجأة رغم توافر فرصة إنقاذه ، أيا كان كانت الوسائل التي تحقق ذلك .

أساس حق الأفضلية في القانون الفرنسي الجديد :-

١٥٦- إستجاب المشرع الفرنسي لنداء الفقه وقام بالنص صراحة في المادة ٤٠ من القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥ بشأن الإصلاح والتصفية القضائية للمشروعات على حق الأولوية le droit de priorité المقرر للدائنين الجدد الذين نشأت ديونهم بصورة قانونية les créances nées regulièrement بعد صدور حكم إفتتاح إجراء الإصلاح القضائي للمشروع ، وبذلك إنتهى الخلاف الذي ظل قائما لفترة طويلة بشأن الأساس القانوني لحق الأفضلية الذي إعترف به الفقه والقضاء لهؤلاء الدائنين الجدد قبل أن يجدوا أساسه القانوني ، ومن ثم أخذوا يبحثون له عن أساس في القواعد العامة للإمتياز المقررة في القانون المدني ، ثم قواعد الإفلاس ، إستنادا إلى الشخصية الإعتبارية لجماعة الدائنين ، وأخيرا حاولوا أن يبرروا وجود هذا الحق إستنادا إلى قواعد العدالة والضرورات الإقتصادية التي يقتضيها الإستمرار في نشاط المشروع ، حيث ينبغي تفضيل الدائنون الذين ساهموا في هذا

الإستمرار ،وذلك بغرض تشجيعهم على مساندة المشروع وزيادة ثقتهم في الحصول على ديونهم . ويبدو أن هذا المبرر هو الذي كان وراء نص المشرع على تقرير حق أولوية لهؤلاء الدائنين الجدد .

اساس حق الافضلية في قانون التجارة المصري الجديد

١٥٧ - إذا كان المشرع المصري قدأجاز لقاضي التفليسة أن يأذن لأمينها بالإستمرار في تشغيل متجر المفلس ، إذا إقتضت ذلك المصلحة العامة أو مصلحة المفلس أو الدائنين (م ٦٤٥ تجاري جديد)، إلا أنه لم يضع القواعد الخاصة التي تنظم مركز الدائنين الجدد الذين تنشأ ديونهم نتيجة هذا الإستمرار في التشغيل ، وخاصة حقهم في الأفضلية الذي يخولهم إستيفاء ديونهم بالتقدم على الدائنين القدامى للمدين المفلس ، وهو حق إعترف به الفقه والقضاء المصريين إستنادا إلى الشخصية الإعتبارية التي تتمتع بها جماعة الدائنين ، على غرار ما جري عليه الرأي في القانون الفرنسي . وإنما كنا قد رجحنا قيام هذه الأفضلية على أساسا الضرورات الاقتصادية والواقعية واعتبارات العدالة.(١)

ولما صدر قانون التجارة المصري الجديد تضمن ما يمكن إعتباره أساسا قانونيا لحق أفضلية الدائنين الجدد . حيث نصت المادة ١/٦٩١ على " ١- تستنزل من المبالغ الناتجة عن بيع أموال المفلس الرسوم

(١) راجع ما سبق ، رقم ١٥٢.

ومصاريف إدارة التفليسة وديون دائني جماعة الدائنين والإعانات المقررة للمفلس ولمن يعولهم ، والمبالغ المستحقة للدائنين الممتازين ، ويوزع الباقي بين الدائنين بنسبة ديونهم المحققة [(١)] . "

يتضح من ذلك أن صياغة هذا النص جاءت متضمنة لقواعد جديدة لم يكن يتضمنها نص المادة ٣٦٦ المقابل له في قانون التجارة الملغي. **فمن ناحية أولى** : كان نص المادة ٣٣٦ ينظم توزيع النقود المتحصلة من أثمان المنقولات فقط ، أما النص الجديد فينظم توزيع المبالغ الناتجة عن بيع أموال المفلس ، ومن ثم فهو ينطبق على المبالغ الناتجة عن بيع منقولات وعقارات المفلس ، ولا يقتصر على المبالغ الناتجة عن بيع المنقولات فقط كما كان في القانون الملغي ، ولاشك أن ذلك يوسع من نطاق حق أفضلية الدائنين الجدد .

ومن ناحية ثانية : أن المشرع نص صراحة على ديون الدائنين الجدد " دائني جماعة الدائنين " ، وجعلهم يستوفون ديونهم في مرتبة تلي الرسوم ومصروفات إدارة التفليسة وتسبق الإعانات المقررة للمفلس ولمن يعولهم وكذلك ديون الدائنين الممتازين وأخيراً الدائنين في جماعة

---

(١) وتقابل هذه الفقرة المادة ٣٦٦ من قانون التجارة المصرى الملغى التي كانت تنص على أن " تستنزل من النقود المتحصلة من أثمان المنقولات الرسوم ومصاريف إدارة التفليسة ومن ضمنها أجرة وكلاء المداينين والإعانات التي أعطيت للمفلس أو لعائلته ، وكذلك المبالغ المدفوعة للمداينين الممتازين ، ويوزع الباقى على جميع الدائنين بنسبة مقادير ديونهم التي تحققت وتأيدت".

الدائنين . وهو بذلك قد أنشأ لهؤلاء الدائنين حق إمتياز عام على جميع أموال المدين المفلس ، ويخولهم إستيفاء ديونهم في مرتبة تلي الرسوم القضائية ومصروفات إدارة التفليسة ، ويتقدمون بذلك على جميع الدائنين الآخرين للمفلس .

ومن الجدير بالذكر أنه إذا كان المشرع قد أطلق على الدائنين الذين نشأت ديونهم نتيجة الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس إسم " دائني جماعة الدائنين " ، فإنه ينبغي عدم الأخذ بالمعنى الظاهر لهذه التسمية ، الذي يجعل من هؤلاء دائنين لجماعة الدائنين كشخص إعتباري ،لأن ذلك لا يجعل لهؤلاء ضمانا على الذمة المالية للمدين المفلس ، وإنما يجعل ضمانهم على الذمة المالية لجماعة الدائنين (لو فرضا أن لها ذمة مالية مستقلة) . وهذا يتناقض مع ما يقرره المشرع ، حيث أن هؤلاء يحصلون على ديونهم من المبالغ الناتجة عن بيع أموال المفلس ، وهذا يدل على أن المشرع يعتبرهم دائنون للمفلس وليس لجماعة الدائنين . ولذلك يجب أخذ هذه التسمية " دائني جماعة الدائنين " على أن المشرع يقصد بها الإشارة إلى المركز المتميز لهؤلاء الدائنين والأخذ بالتسمية التي جرى عليها الفقه والقضاء في فرنسا ومصر ، بالإضافة إلى تمييز هؤلاء الدائنين عن غيرهم من دائني المفلس [١] ،

---

(١) راجع ما سبق ، رقم ١٣٩.

سواء الدائنين في جماعة الدائنين ، الذين نشأت ديونهم قبل صدور حكم الإفلاس ، أو الدائنين الجدد الذين نشأت ديونهم نتيجة ممارسة المفلس تجارة جديدة بغير أموال التفليسة ، حيث جعل المشرع للدائنين الذين نشأت ديونهم بمناسبة هذه التجارة الجديدة الأولوية في إستيفاء حقوقهم من أموالها (م٥٩٧ تجاري جديد) ويدخل الباقي ضمن أموال التفليسة. كما يهدف إلى تمييزهم عن الدائنين الجدد للمفلس الذين تنشأ ديونهم نتيجة التعامل معه بعد صدور حكم الإفلاس بما يخالف قواعد غل اليد .

ومع ذلك نرى أنه ينبغى على المشرع أن يعالج حق أفضلية الدائنون الجدد بنص صريح ، كما فعل المشرع الفرنسى ، ولا يتركه للاستنتاج والخلاف .

ثانيا : نطاق حق الأفضلية :

١٥٨ - لا يكفي الإعتراف للدائنين الجدد بحق أفضلية ولكن يجب تحديد نطاق هذا الحق ، سواء من حيث الديون التي لها هذه الأفضلية أو من حيث الأموال التي يجوز لهؤلاء الدائنين إستعمال حق الأفضلية عليها .

الديون التي لها الأفضلية .

٢٤٧ - تتحدد الديون التي لها حق الأفضلية على أساس معيار مزدوج ، حيث يشترط أن يكون المدين قد نشأ بعد صدور حكم

الإفلاس ونتيجة الإذن لأمين التفليسة بالإستمرار في تشغيل تجارة المفلس، وهكذا يتضح أنها ديون نشأت فى إطار السياق الجماعي au processus collectife خلال فترة الإفلاس ، ومن ثم يحتج بهذه الديون في مواجهة جماعة الدائنين [١].

١٦٠ - ولا يثير تطبيق هذا المعيار أي صعوبة بالنسبة للديون الناشئة عن العقود التي أبرمها أمين التفليسة بعد صدور حكم الإفلاس، وطالما تمت في حدود الإذن الصادر بالإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، وطبقا لما جرى عليه العمل في مثل هذه التجارة . أما إذا تجاوز أمين التفليسة حدود هذا الإذن فلا يكون الدين الناشئ عن التصرف من الديون التي تتمتع بحق الأفضلية . وإذا كان التصرف فى حدود هذا الإذن ولكنه لا يتناسب مع مايقتضيه عن التشغيل الذي جرى عليه العمل في مثل تجارة المفلس ، فلا تزول عن الدين الناشئ من هذا التصرف صفته الممتازة ، ومن ثم يتمتع الدائن بحق إستيفائه بالأفضلية، ومع ذلك فقد يكون ذلك سببا في تحريك قواعد مسئولية أمين التفليسة عن الخطأ في إدارة متجر المفلس .

وطالما إحترم أمين التفليسة حدود سلطاته عند إبرام التصرف فإن

---

(١) راجع ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ٧٨.

الديون الناشئة عن ذلك تستفيد من الوفاء بالأفضلية un paiement préférentiel . ولا يقتصر ذلك على الديون الناشئة عن التنفيذ العادى للعقد l'exécution normale du contrat ، ولكن يشمل أيضا التعويضات des dommages et intérêts المستحقة عن عدم تنفيذ أمين التفليسة للإلتزامات الناشئة عن العقد[1].

١٦١ - أما الديون الناشئة عن العقود التي أبرمت قبل شهر الإفلاس وإستمر تنفيذها بعد ذلك بناء على طلب أمين التفليسة طبقا للمادة ٦٢٣ من قانون التجارة المصري الجديد [2] فإنها تثير بعض الصعوبات فيما يتعلق بالديون الناشئة عن هذه العقود خلال الفترة التي تبدأ من تاريخ صدور حكم شهر الإفلاس وحتى إعلان أمين التفليسة الرغبة في الإستمرار في تنفيذ هذه العقود ، فهل يشترط أن يعلن أمين التفليسة رغبته صراحة حتى تستفيد هذه الديون من حق الأفضلية ، أم أنها تستفيد من ذلك قبل أن يعلن أمين التفليسة رغبته في الإستمرار في التنفيذ طالما أنها نشأت بعد صدور حكم الإفلاس ؟

تبدو صعوبة الإجابة على هذا التساؤل بالنظر إلى ما يترتب عليها من نتائج [3] ، فلو قيل بأن العلاقات التعاقدية المتعلقة بتجارة

(١) راجع ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ٧٩.
(٢) راجع ما سبق ، ص ١٨٨ ومابعدها .
(٣) راجع : ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ٨٠.

المفلس كثيرة ، ومن ثم يجب أن تترك لأمين التفليسة فرصة لكي يتخذ قرارا بشأن تنفيذ ما يتلائم منها مع إحتياجات المشروع ومتطلبات الإستمرار في النشاط ، وبالتالي فإن تمتع الديون النشئة عن هذه العقود بعد شهر الإفلاس بحق الأفضلية يتوقف على أن يعلن أمين التفليسة صراحة الرغبة في الإستمرار في تنفيذ العقد ، فإنه يترتب على ذلك ضرر بمصالح المتعاقد الآخر . أما أخذنا بالقول المخالف الذي يجعل لهذه الديون حق الأفضلية بصورة تلقائية ، طالما أنها نشأت بعد صدور حكم الإفلاس ، فإن ذلك يضر بالدائنين الذين نشأت ديونهم قبل صدور هذا الحكم ، مما قد يضطر أمين التفليسة إلى المسارعة في الإعلان عن عدم الرغبة في الإستمرار في تنفيذ هذه العقود ، مما قد يحرمه من بعض العقود التى قد تكون مفيدة عندما يستمر في تشغيل تجارة المفلس .

وقد ثار هذا الخلاف في فرنسا قبل صدور قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ ، وحاول الفقه والقضاء التوفيق بين مقتضيات الإستمرار في نشاط المشروع والحرص على حماية مصالح المتعاقدين الآخرين أصحاب الشأن في هذه العقود السارية . ففي البداية ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القول بأنه في حالة عدم إعلان السنديك رغبته الصريحة une denonciation expresse بالإستمرار في تنفيذ العقد فإن العقود التي أبرمها المدين تستمر بصورة تلقائية

على عاتق جماعة se poursuivaient automatiquement الدائنين a` la charage de la masse des créanciers [١] .
ولكن المحكمة سرعان ماعدلت عن هذا الرأي بعد ذلك وأخذت بإتجاه آخر أيده الرأي الراجح في الفقه [٢] يقضي بأن جماعة الدائنين لا تتحمل بالإلتزامات الناشئة عن العقود التي أبرمها المدين قبل إفلاسه إلا إذا أعلن ممثلها القانوني عن الرغبة في الإستمرار في تنفيذ هذه العقود ،سواء كان هذا الإعلان صريحا أو ضمنيا expressement ou tacitement [٣] ، ومع ذلك يري الفقه [٤] أن الرغبة في إستمرار العقد لا تستنتج من مجرد سكوت السنديك عن تحديد موقفه من العقد ، لأن العقد لايستمر بقوة القانون plein droit . ومع ذلك قد يعتبر السكوت بمثابة تعبير عن الرغبة في إستمرار العقد ، وذلك إذا قام السنديك بالإستفادة فعلا من العقد a en fait profité du contrat الذي أبرمه المدين قبل إفلاسه .

١٦٢ - ونرى أن ما إنتهى إليه الرأي في القانون الفرنسي قبل

---

١) راجع نقض عرائض فرنسي بتاريخ ١٩٠٤/١١/١٩ ، وأحكام أخرى ، مشار إليها في رسالة ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ٨١.

(٢) راجع تفصيلا في هذا ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، ص ١٣٣ ومابعدها .

(٣) راجع نقض عرائض فرنسي بتاريخ ١٩٣٣/٧/١٠ ، وأحكام أخرى ، مشار اليها في رسالة ميشيل هاردوان ، المرجع والمكان السابقين .

(٤) راجع أندره برونه ، المرجع السابق ، رقم ١١٦ ، ص ١٦٤ ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، رقم ١٠٩.

صدور قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ ينطبق فى القانون الجديد . حيث وضع المشرعه المصري قاعدة عدم الفسخ التلقائي للعقود الملزمة للجانبين التي يكون المفلس طرفا فيها ، إلا إذا كانت قائمة على إعتبارات شخصية (م١/٦٢٣ تجاري جديد) . وهذا يدل على أن هذه العقود لاتنفسخ بقوة القانون نتيجة صدور حكم شهر إفلاس أحد طرفيها ، ولكنه في نفس الوقت لا يعني إلتزام أمين التفليسة بالإستمرار في تنفيذ هذه العقود ، وإنما تقرر له حق إلزام الطرف الآخر بتنفيذ العقد أو الإستمرار في تنفيذه . ويهدف المشرع من ذلك إلى منح أمين التفليسة مهلة يتدبر خلالها أحوال التفليسة ويتخذ القرار المناسب بشأن كل عقد من العقود التي يكون المفلس طرفا فيها ولم يتم تنفيذها قبل صدور حكم شهر الإفلاس ، وحتى يحدد أمين التفليسة موقفه من العقد فإن الديون الناشئة عنه لا تتمتع بحق الأفضلية ، لأن العقد وإن كان لم يفسخ إلا أن تنفيذه يوقف مؤقتا حتى يحدد أمين التفليسة موقفه .

ولا يشترط أن يكون تحديد أمين التفليسة لموقفه من العقد صريحا ، وإنما يكفي أن يكون ضمنيا بأن يبدأ بتنفيذ العقد أو يستمر في تنفيذه . ومنذ هذا الوقت تتمتع الديون الناشئة عن تنفيذ العقد بحق الأفضلية . وإذا كان أمين التفليسة قد أعلن الطرف الآخر برغبته في تنفيذ العقد أو الإستمرار في تنفيذه ، فإن الأمر لايثير خلافا . أما إذا

كان إعلان هذه الرغبة ضمنيا فإن إعتبار العمل أو التصرف الذي قام به أمين التفليسة بمثابة تعبير عن رغبته في الإستمرار في تنفيذ العقد يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ، وفي هذا المجال لا يمكن القول بأن مجرد عدم رد أمين التفليسة على الإعلان الذي وجهه إليه من الطرف الآخر يعتبر إعلانا ضمنيا عن رغبته في تنفيذ العقد أو الإستمرار في تنفيذه ، وإنما يجب أن يقترن هذا السكوت بأي عمل أو تصرف يدل على وجود هذه الرغبة .

وإذا لم يطلب أمين التفليسة تنفيذ العقد جاز للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد ، وفي هذه الحالة لا تعتبر الديون الناشئة عن الفسخ ، كرد ما حصل عليه المفلس أو التعويض عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر نتيجة فسخ العقد ، ديونا ناشئة بعد حكم الإفلاس ، ومن ثم فهي لا تتمتع بحق أفضلية ، وإنما يشترك بها الطرف الآخر في التفليسة كدائن عادي ، ما لم ينص القانون على إحتفاظ التعويض بالإمتياز المقرر له قانونا (م٦٢٣/٣ تجاري جديد) [١] .

أما إذا قرر أمين التفليسة الإستمرار في تنفيذ العقد ثم أخل

---

(١) وقد نصت المادة ٣/٦٢٥ من قانون التجارة الجديد على احتفاظ التعويض المستحق للعامل نتيجة إنهاء عقد العمل طبقا للمادة (١/٦٢٥ ، ٢ من القانون سالف الذكر) بالامتياز المقرر له قانوناً .

بالإلتزامات الناشئة عنه ، فإنه يجوز للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد مع التعويض طبقا للقواعد العامة ، وفي هذه الحالة يستفيد دين التعويض المحكوم به بحق الأفضلية بإعتباره من الديون الناشئة بعد صدور حكم الإفلاس (١) .

٢ - الأموال التي يقع عليها حق الأفضلية

١٦٣ - تحديد نطاق حق الإفضلية - المقرر للديون التي تنشأ بعد صدور حكم الإفلاس نتيجة إستمرار أمين التفليسة في تشغيل تجارة المفلس -يعتمد على تحديد طبيعة هذا الحق . وقد ذهب الرأي إلى إعتباره بمثابة إمتياز عام un privilège général (٢)، لأنه يتقرر للدائن سبب طبيعة دينه ، حيث تتمتع به الديون التي تنشأ بعد صدور حكم الإفلاس نتيجة إستمرار أمين التفليسة في تشغيل تجارة المفلس ، كما أنه يقع على جميع أموال المدين l'ensemble des biens du débiteur (٣).

وتتأكد طبيعة هذا الحق في القانون المصري من خلال المادة ٦٩١ من قانون التجارة الجديد التي حددت كيفية توزيع المبالغ الناتجة عن

---

(١) راجع : ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ٩٠ ، ص ١٠٠.
(٢) راجع : ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ٧٠.
(٣) راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٥٣.

بيع أموال المفلس ، فنصت على أنه " تستنزل من المبالغ الناتجة عن بيع أموال المفلس الرسوم ومصاريف إدارة التفليسة وديون دائني جماعة الدائنين ......" . أي أن الديون التي تنشأ بعد صدور حكم الإفلاس نتيجة الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس (وقد أطلق المشرع عليها (ديون دائني جماعة الدائنين) يتمتع أصحابها بحق أفضلية يخولهم أولوية إستيفاء هذه الديون بالتقدم علي الإعانات المقررة للمفلس ولمن يعولهم ، وعلي المبالغ المستحقة للدائنين الممتازين الآخرين ، وعلى الدائنين في جماعة الدائنين ، وذلك خصما من المبالغ الناتجة عن بيع جميع أموال المفلس ، سواء كانت منقولات أو عقارات ، علي ذلك فإن ضمان هؤلاء الدائنون لا يرتبط بمال معين من أموال المدين ، ولايقتصر على الأموال المتعلقة بالتجارة التي نشأت ديونهم نتيجة الإستمرار في تشغيلها ، بل إنه يقع على جميع أموال المفلس ، سواء التى كان يملكها وقت صدور حكم الإفلاس أو التي آلت إليه بعد ذلك .

المطلب الثاني

قواعد إستيفاء الدائنون الجدد لحقوقهم

اولا : عدم خضوع هؤلاء الدائنين لقواعد الإفلاس :

١٦٤ - استقر الرأي على عدم خضوع الدائنين الجدد (دائني جماعة الدائنين) للقواعد التي يخضع لها الدائنون الأعضاء في جماعة الدائنين ، ومن ثم لا يخضعون لإجراءات تقديم الديون وتحقيقها ، la déclaration et la vérification des créances , ولايسري عليهم مبدأ المساواة بين الدائنين ، كما لا يوقف سريان الفوائد المقررة لديونهم[1]، لأنهم ليسوا أعضاء في جماعة الدائنين .

مدي حقهم في إتخاذ الإجراءات الإنفرادية

١٦٥ - ثار جدل في الفقه الفرنسي [2] قبل صدور قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ ، بشأن حق هؤلاء الدائنين الجدد (دائني جماعة الدائنين) في إتخاذ الإجراءات الإنفرادية des poursuites individuelles على أموال المفلس لإستيفاء ديونهم التي حل ميعاد إستحقاقها قبل انتهاء حالة الافلاس .

---

(١) راجع د/ محسن شفيق ، المرجع السابق رقم ٤٤٢ ، د/ مصطفى طه ، المرجع السابق ، رقم ٧٤١ ، ص ٦٧٨ ، د/ على البارودى ، د/ فريد العرينى ، المرجع السابق ، رقم ٢١٣-٢، ص ٣١٤، د/ عبدالفضيل محمد أحمد ، المرجع السابق ، رقم ٢٥٦ ، رقم ٢١٣ ، د/ محمد بهجت قايد ، المرجع السابق ، رقم ٣٤٢، د/ سعيد الهياجنة ، المرجع السابق ، ص ١٦٤ ، اندره برونه ، المرجع السابق ، رقم ١٥٧ ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، رقم ٢٧٩.

(٢) راجع تفصيلاً : آندره برونه ، المرجع السابق ، ص ٢٢٦ ومابعدها ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ٧٢ ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، ص ٣٤٢ ومابعدها .

فذهب البعض [١] إلي عدم الإعتراف لهؤلاء الدائنين بحق إتخاذ الإجراءات الإنفرادية ، لأن ذلك يؤدي إلي عرقلة إدارة التفليسة ويعوق السنديك عن الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، وخاصة إذا تم توقيع الحجز على مال من الأموال الضرورية لإستمرار النشاط . هذا بالإضافة إلى أن الأفضلية المقررة لهؤلاء الدائنين هي في الحقيقة أولوية الوفاء بديونهم فى علاقتهم بالديون une priorité de paiement العادية au regard des dettes chirographaires عند التوزيع ، ولا يترتب عليها إنشاء ضمان خاص يخصص للوفاء بهذه الديون . وهكذا يضع أصحاب هذا الرأي هؤلاء الدائنين (دائني جماعة الدائنين) والدائنين الذين نشأت ديونهم قبل حكم الإفلاس ، وخاصة أصحاب حقوق الإمتياز العامة ، على قدم المساواة من حيث حظر إتخاذ الإجراءات الإنفرادية la suspension des poursuites individuelles .

وتخفيفا من مغالاة الرأي السابق ذهب البعض [٢] إلي القول بأن المسألة جديرة بأن يوضع لها حل متنوع une solution nuancée يختلف تبعا لنوع الإجراء الإنفرادي الذي يتخذه الدائن ، لأن الإجراءات

---

(١) برسرو وديسروتو ، مشار إليه ، لدى أندريه برونه ، المرجع السابق ، رقم ٦٠.

(٢) A.HONORAT, La masse des créanciers dans la liquidation des biens ou le règlement judiciare du débiteur , Melanges , A. AUDINET , p. 245.

الإنفـرادية يمكن أن تكون دعـاوى أمـام القـضـاء les actions en justice أو توقـيـع الحـجـوز les saisies ، **فبالنسبة للدعاوى القـضـائيـة** فـأنه يجـوز لهـؤلاء الدائنين رفـعـهـا ، لانهم لا يخـضـعـون لإجراءات قبول الديون d'admission des créances كما هو الشأن بالنسبة للدائنين أعضاء جماعة الدائنين ، ومن ثم لا توجد أمامهم وسيلة أخري لإزالة النزاع بشأن حقوقهم سوى دعواهم أمام القضاء . **أما بالنسبة لتوقيع الحجوز** فلا يوجد ما يسمح لهؤلاء الدائنين ، ولو كانت حقوقهم مقررة بحكم قضائي ، بتوقيع الحجوز على الأموال التي تتكون منها أصول الإجراء الجماعي ، ما لم يوجد ضمان خاص متعلق بأحد أعيان هذه الأموال . ويبرر هذا الرأي بأن أفضلية هؤلاء الدائنين محفوظة في جميع الحالات ، لأنهم يحصلون على حقوقهم بالأولوية على الدائنين الآخرين ،بإستثناء أصحاب التأمينات الخاصة . هذا بالإضافة إلى أن الطابع الجماعي لإجراء التسوية القضائية وتصفية الأموال يقتضي منع توقيع أي حجز فردي ، لأن من شأنه عرقلة إدارة السنديك ، ومما يجعل من الصعب الإستمرار في الإستغلال والوصول إلى الصلح مع الدائنين .

١٦٦ - وبعد صدور قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ الذي قرر في المادة ٤٠ إلتزام جميع الدائنين ، بما فيهم أصحاب التأمينات العينية ، بتقديم ديونهم إلى السنديك ، إستنتج البعض من ذلك أن المشرع يهدف إلى ضمان إصلاح المشروع القابل للحياة viable ، وأن الضمانات

التي تقع غالبا على العناصر الضرورية لنشاط المشروع يجب أن يؤجل أصحابها إتخاذ الإجراءات الإنفرادية على هذه الأموال . وهم يريدون أن يمتد ذات الحكم إلى دائني جماعة الدائنين (١).

وذهب الرأي الراجح إلى الإعتراف لهؤلاء الدائنين بحق إتخاذ الإجراءات الإنفرادية (٢) ،لأن ديونهم ظهرت بعد صدور حكم الإفلاس نتيجة إستمرار السنديك في تشغيل تجارة المدين ، ومن ثم يكون من المنطقي أن يختلف مركزهم في هذا الشأن عن مركز الدائنين في التفليسة الذين يتوقف حقهم في إتخاذ الإجراءات الإنفرادية ، لأنهم أصبحوا أعضاء في جماعة الدائنين التي تعمل في إطار الإجراء الجماعي للدفاع عن مصالح الدائنين فيها لتحقيق مبدأ المساواة بينهم . وهذا لا ينطبق على الدائنين الذين نشأت ديونهم بعد حكم الإفلاس نتيجة الاستمرار في تجارة المفلس .

أمابالنسبة للقول بتسوية هؤلاء الدائنين مع الدائنين أصحاب التأمينات العينية الخاصة ، حيث فرض عليهم قانون ١٩٦٧ تقديم أموالهم إلى السنديك مثل الدائنين في جماعة الدائنين ، فإن هذا

---

(١) راجع : F. Derrida , Note au D. 1972 , 256, No. 3.
مشار إليه لدى أندره برونه ، المرجع السابق ، رقم ١٦٢.

(٢) راجع : ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ٧٢ ، ص ٨٢ ، أندره برونه ، المرجع السابق ، ص ٢٣٢ ومابعدها ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، ص ٣٥٠ ومابعدها .

لايعني حرمانهم من اتخاذ الإجراءات الإنفرادية . هذا بالإضافة إلى أن مركز دائني جماعة الدائنين يختلف عن مركز الدائنين أصحاب التأمينات العينية الخاصة ، حيث يقع ضمان الأخيرين على عين معينة ، أما الأولين فيتمتعون بحق أفضلية عام على المنقولات والعقارات المملوكة للمفلس . وحتي لو فرض أن حق الدائنون أصحاب التأمينات العينية الخاصة في اتخاذ الإجراءات الإنفرادية يتوقف فإن ذلك لا يعني بالضرورة إمتداد ذات الحكم إلى دائني جماعة الدائنين .

ويري أنصار هذا الإتجاه أن الإعتراف بحق دائني جماعة الدائنين في اتخاذ الإجراءات الإنفرادية هو أمر تقتضيه مصلحة المشروع[١]، لأنه يشجع الغير على التعامل مع السنديك ، مما يوفر له الإئتمان اللازم لاستمرار النشاط وتحقيق أهداف هذا الاستمرار .

ويرون أنه إذا كانت هذه الديون قد نشأت تحقيقا لمصلحة المشروع l'intérêt de l'entreprise في استمرار نشاطه ، ومن أجل ذلك أعتُرف لهم بحق الأفضلية ، فمن المنطقي ألا تتخذ هذه المصلحة لحرمان أصحابها من حق اتخاذ الإجراءات الإنفرادية لإستيفاء هذه الديون [٢].

---

(١) راجع : ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٨٣ ، أندره برونه ، المرجع السابق ، رقم ١٦٦.

(٢) راجع ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، رقم ٢٦٩ ، أندره برونه ، المرجع السابق ، ص ٢٣٧.

ومع ذلك لم ينكر أنصار هذا الإتجاه الضرر الذى يمكن أن يترتب على السماح لهؤلاء الدائنين باتخاذ إجراءات التنفيذ الإنفرادية دون تنظيم . ويرون أنه لتجنب هذا الضرر يجب أن يسبق إتخاذ هذا الإجراء إنذار une sommation يوجه إلى السنديك بضرورة وفاء الدين ، وفي هذا الحالة يستطيع قاضي التفليسة أن يأمر ببيع بعض المنقولات لسداد هذه الديون . وذلك حتى لايتم التنفيذ فجأة في وقت غير مناسب intempestive مما يترتب عليه عرقلة نشاط المشروع [(١)].

١٦٧ - ولا يوجد في القانون المصري ما يمنع هؤلاء الدائنون الجدد من اتخاذ الإجراءات الإنفرادية لاستيفاء ديونهم التي نشأت بسبب الاستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، لأنهم دائنون خارج جماعة الدائنين ، ومن ثم " إذا نازع السنديك في ديونهم وجب عليهم مقاضاته وفقا للقواعد العامة . وإذا حلت مواعيد استحقاق ديونهم وامتنع السنديك عن الوفاء ، جاز لهم إتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال التفليسة " [(٢)] . وذلك لأن المشرع [(٣)] لم يحظر إقامة دعاوى فردية على التفليسة أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى ضدها إلا على

---

(١) راجع : ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص٨٣ ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، ص ٣٥٤ ، أندره برونه ، المرجع السابق ، رقم ١٦٧.

(٢) راجع ، د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٤٤٢.

(٣) راجع المادة ٦٠٥ من قانون التجارة المصرى الجديد .

الدائنين الذين تتكون منهم جماعة الدائنين ، وهم الدائنون الذين نشأت حقوقهم قبل صدور حكم الإفلاس . إما الدائنون المرتهنون وأصحاب حقوق الإمتياز الخاصة والحاصلون على إختصاص على أموال المدين ، فهم دائنون خارج جماعة الدائنين ، ومن ثم أجاز لهم إقامة الدعاوى الفردية أو الإستمرار فيها في مواجهة أمين التفليسة ، كما يجوز لهم التنفيذ أو الاستمرار فيه على الأموال التي تقع عليها تأميناتهم .

ويستطيع قاضي التفليسة من خلال مراقبته إدارة التفليسة وملاحظة سير إجراءاتها أن يأمر باتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على أموالها وأن يأمر ببيع بعض أموال التفليسة ، طبقا للمادة ٦٤٣ من قانون التجارة الجديد ، للوفاء بالديون الناشئة عن الاستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، لكي يتجنب اتخاذ هؤلاء الدائنون لإجراءات التنفيذ الفردية على أموال قد تكون ضرورية لاستمرار نشاط المفلس ، ومن ثم تعرقل أمين التفليسة عن الاستمرار في تشغيل تجارة المفلس وتحقيق الهدف من هذا الاستمرار .

كيفية استعمال الإجراءات الإنفرادية

١٦٨ - يتخذ الدائن الإجراء في مواجهة أمين التفليسة بصفته نائبا عن المفلس في جميع الدعاوى والأعمال التي تقتضيها إدارة أموال

التفليسة (١) . كما تتخذ في مواجهة أمين التفليسة جميع إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائن لإستيفاء الديون التى نشأت عن الاستمرار في تشغيل تجارة المفلس .

ويشير الفقه الفرنسي (٢) إلى أن دراسة أحكام القضاء الفرنسي المتعلقة بالإجراءات الإنفرادية التي يتخذها دائنوا جماعة الدائنين تدل على أن طريقة التنفيذ الأكثر استعمالا هي حجز ما للمدين لدى الغير la saisie - arrêt لكي يستوفي الدائن حقه من أموال التفليسة . حيث قررت محكمة بوردو في حكمها بتاريخ ١٠ مايو ١٨٨٩ صحة حجز ما للمدين لدى الغير الذي وقعه أحد دائنوا جماعة الدائنين على المبالغ المودعة لدى صندوق الودائع والأمانات la caisse des dépôts et consignations لحساب التفليسة . وكذلك حكم محكمة استئناف باريس في ١٤ يوليو ١٩٦٦ الذي قرر صحة حجز ما للمدين لدي الغير الذي وقعه أحد دائنوا جماعة الدائنين على الأموال المودعة لدي صندوق الأمانات والودائع لحساب السنديك . كما أجازت محكمة استئناف بواتيه في ١٩ نوفمبر ١٩٢٨ لأحد دائني التفليسة حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد السنديك . حيث قامت إحدى الشركات

---

(١) راجع المادة ٥٧٣ من قانون التجارة المصري الجديد .

(٢) راجع : أندره برونه ، المرجع السابق ، رقم ١٦٨ ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، رقم ٢٧٠.

التي تعتبر من دائني جماعة الدائنين بتوقيع حجز تنفيذي une saisie exécution - لكي تستوفي دينها ، ولكنها لم تجد تحت يدها سوي محضر جلسة un procès - verbal لإثبات الدين ، فغيرت طريقة الحجز إلى حجز ما للمدين لدى الغير على المبالغ الموجودة تحت يد السنديك الذي إعترض على هذا الحجز على أساس أنه لا يجوز أن يكون هو المحجوز عليه saisi والمحجوز لديه tièrs saisi في نفس الوقت ولكن المحكمة قررت صحة هذا الحجز لأن السنديك يعمل بصفتين ، فهو ممثل للمفلس المحجوز عليه وهو حائز للمال المملوك للمفلس ومن ثم يجوز توقيع الحجز بين يديه على هذا المال . ولكن البعض [(١)] انتقد هذا الحكم على أساس أن السنديك يعتبر عضوا في جماعة الدائنين ومن ثم يكون الحجز الذي يوقع تحت يديه هو حجز تنفيذي تحت يد المدين وليس حجزا لما للمدين لدى الغير ،لأن السنديك ليس من الغير ، ولكنه يمثل المدين يمثل جماعة الدائنين .

ويري الاستاذ Merller [(٢)]أن طريق التنفيذ الوحيد الذي يمكن أن يلجأ إليه دائن جماعة الدائنين لاستيفاء دينه هو الحجز ما للمدين لدى الغير la saisie - arrêt . أما الحجز التنفيذي

---

(١) H.R مشار إليه أندره برونه ، المرجع السابق ، ص ٢٣٩.

(٢) مشار إليه لدى جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، رقم ٢٧٠ ، ص ٣٥٤.

la saisie - exécution فهو غير مفيد ، ويستند في ذلك إلي أن هؤلاء الدائنين دائنون لجماعة الدائنين ويقع ضمانهم علي ذمتها المالية التي لا يدخل فيها الأموال المادية les biens corporeles حيث تظل على ملك المفلس حتي بيعها وإيداع ثمنها في صندوق الودائع والأمانات ، ومنذ هذا الوقت يكون توقيع حجز ما للمدين لدي الغير تحت يد الصندوق .

ومع ذلك يذهب الرأي الراجح [1] إلى الإعتراف لدائني جماعة الدائنين (الذين هم في الحقيقة دائنون للمدين المفلس) بحق اتخاذ أي طريق من طرق الحجوز على مال المدين ، سواء كان حجز ما للمدين لدى الغير أو حجز تنفيذي أو حجز عقاري la saisie immobiliere . وإذا كان من الملاحظ أن يلجأ هؤلاء الدائنون غالبا إلى حجز ما للمدين لدى الغير ، دون غيره من طرق الحجز الأخرى ، فذلك لأنه يزيد من فرصة إستيفاء ديونهم ، وخاصة أن أموال المدين غالبا ما تكون محملة بتأمينات عينية بواسطة المدين قبل حكم الإفلاس ، فإذا تم التنفيذعليها فإن أصحاب التأمينات العينية على هذه الأموال يتقدمون لاستيفاء ديونهم من ثمنها بالأولوية على دائني جماعة الدائنين ، ولاشك أن هذا لا يشجعهم على اللجوء إلى الحجز التنفيذى أو الحجز العقارى.

---

(١) راجع : ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٨٣ ، أندره برونه ، المرجع السابق ، ص ٢٣٢ ومابعدها ، جان ليك هيناف ، المرجع اسابق ، ص ٣٥٠ ومابعدها .

١٦٩ - ولا يوجد في القانون المصري أيضاً ما يمنع هؤلاء الدائنون من اللجوء إلى أي طريق من طرق الحجز على أموال المدين المفلس ، سواء كان حجز ما للمدين لدى الغير أو الحجز التنفيذي على منقولاته أو عقاراته . ومع ذلك فإن أكثر طرق الحجز سهولة وفاعلية بالنسبة لهؤلاء الدائنين هي حجز ما للمدين لدى الغير [١]، حيث يتم الحجز على المبالغ التي يحصلها أمين التفليسة لحسابها ويودعها خزانة المحكمة أو لدى البنك الذي يعنيه قاضي التفليسة .

ثانيا : *الوفاء بديون الدائنين الجدد .*

١٧٠ - لا يكفي الإعتراف للدائنين الذين نشأت ديونهم نتيجة استمرار أمين التفليسة في تشغيل تجارة المفلس خلال فترة الإجراءات التمهيدية بحق أفضلية يخولهم استيفاء ديونهم بالأولوية على غيرهم من دائني المفلس ، كذلك الإعتراف لهم بحق إتخاذ الإجراءات الإنفرادية ، سواء كانت دعاوى قضائية أو إجراءات تنفيذ ، لإستيفاء ديونهم - ولكن يجب تحديد مرتبة الأفضلية التي يتمتع بها هؤلاء الدائنون عندما يتزاحمون مع غيرهم من الدائنين الذين يتمتعون بحقوق إمتياز على أموال المفلس . وتبدو أهمية ذلك في حالة عدم كفاية أموال المفلس للوفاء بديونه وهو الوضع الغالب في معظم حالات الإفلاس ، وعلى ذلك نبدأ أولا بتحديد مرتبة هؤلاء الدائنون الجدد بالنسبة لغيرهم من دائنى المفلس ، ثم ترتيب هؤلاء الدائنون الجدد فيما بينهم ثانيا .

---

(١) طبقا للمواد من ٣٢٥ إلى ٣٥٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

١ - مرتبة الدائنون الجدد بالنسبة لغيرهم من دائني المفلس الممتازين

١٧١ - تنص المادة ١/٦٩١ من قانون التجارة المصري الجديد على أن "**تستنزل من المبالغ الناتجة عن بيع أموال المفلس الرسوم ومصاريف إدارة التفليسة وديون دائني جماعة الدائنين والإعانات المقررة للمفلس ولمن يعولهم، والمبالغ المستحقة للدائنين الممتازين، ويوزع الباقي بين الدائنين بنسبة ديونهم المحققة**" .

يتضح من ذلك أن المشرع قد جعل مرتبة دائني جماعة الدائنين (الدائنين الجدد الذين نشأت ديونهم عن استمرار أمين التفليسة في تشغيل تجارة المفلس) في المرتبة الثالثة بين الدائنين الذين تستنزل ديونهم من المبالغ الناتجة عن بيع أموال المفلس قبل التوزيع بين الدائنين العاديين الذين نشأت ديونهم قبل حكم الإفلاس ، وعلى ذلك فهم مسبوقون ببعض الدائنين ومتقدمون على البعض الآخر .

فيسبقهم أولا : الرسوم التي يلتزم بدفعها أمين التفليسة بصفته نائبا عن المفلس في الدعاوى والأعمال التي تقتضيها إدارة أموال التفليسة والمحافظة عليها ، وقد جاء إصطلاح الرسوم مطلقا دون تقييد بصفة معينة لهذه الرسوم ، ومن ثم فهي تشمل الرسوم القضائية المستحقة للمحاكم وغيرها من الجهات الحكومية .

ويسبقهم ثانيا : مصاريف إدارة التفليسة ، ومنها أجر أمين التفليسة وأتعاب المحاماة والخبراء وغيرهم ممن يستعين بهم أمين التفليسة في إدارة أموالها والمحافظة عليه . ومن الجدير بالذكر أن مصاريف إدارة التفليسة تدخل ضمن الديون الجديدة التي يطلق على أصحابها عادة " دائني جماعة الدائنين " ، ومن ثم فهي تختلط مع الديون التي تنشأ بسبب الاستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، ولذلك لم تكن توجد ضرورة لأن يفرد لها المشرع ذكر خاص إلى جوار ذكره لدائني جماعة الدائنين بصفة عامة . ومع ذلك فإن تطبيق القاعدة التي تقضي بأن إعمال النصوص خير من إهمالها ، يقتضي القول بأن هذه المصاريف تطلق على الديون التي تنشأ في الحالات التي لا يأذن فيها قاضي التفليسة بالاستمرار في تشغيل تجارة المفلس . أما إذا أذن لأمين التفليسة بهذا الاستمرار في التشغيل فإن الديون جميعها تعتبر مما أطلق عليها المشرع " ديون دائني جماعة الدائنين ".

ولكن هؤلاء يستوفون ديونهم قبل أن تستنزل المبالغ المقررة لإعانة المفلس أو من يعولهم .

كما أنهم يتقدمون في استيفاء ديونهم على الدائنين الممتازين ، ويقصد بالدائنين الممتازين في هذا المجال أصحاب حقوق الإمتياز العامة . أما الدائنون أصحاب الإمتيازات الخاصة ، فإنهم يستوفون

ديونهم من المبالغ الناتجة عن بيع الأعيان التي تقع عليها ضماناتهم قبل أداء أي دين آخر [١] ، إلا إذا كان دين له إمتياز متعلق بهذه العين التي تم بيعها ، كمصروفات رسوم البيع أو مصروفات حفظ هذه العين .

١٧٢ - ومن الجدير بالذكر أن المشرع المصري قد أخذ في هذا الشأن بالرأي الراجح في الفقه والقضاء الفرنسيين [٢] الذي يجعل الدائنين الخطأ لجماعة الدائنين les faux créanciers de la masse (الذين هم في الحقيقة دائنون للمفلس وليس لجماعة الدائنين كشخص اعتباري) مسبوقين sont primes بالدائنين أصحاب الضمانات العينية الخاصة par les creanciers titulaires de sûretés réelles spéciales ، سواء على عقار أو منقول من أموال المفلس .

ويستندون في ذلك إلى القول بأن أساس أفضلية الدائنين الخطأ لجماعة الدائنين هي إعتبارات عملية ذات طبيعة إقتصادية ، تتمثل في ضمان الائتمان اللازم لاستمرار نشاط المشروع ، بما يجعل من العدالة الإعتراف لمن ساند المشروع خلال هذه الفترة التي إستمر فيها نشاطه

---

(١) راجع : د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٦٨٨ ، ص ٩٤٢.

(٢) راجع تفصيلاً في ترتيب حق أفضلية دائني التفليسة ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، رقم ٢٩٠ ، أندره برونه ، المرجع السابق ، ص ٢٤١ ومابعدها ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق رقم ٧١ ص ٧٩ - ٨١.

بعد افتتاح الإجراء الجماعي - بحق أفضلية . ولما كان الدائنون أصحاب الضمانات الخاصة لم تتغير مراكزهم باستمرار نشاط المشروع فإن هؤلاء الدائنين لا يتقدمون عليهم ، وذلك بعكس الدائنون الذين تتكون منهم جماعة الدائنين فقد تم استمرار النشاط وظهور الدائنون الجدد تحقيقا لمصلحتهم . ومن هنا يكون من المنطقى أن يتقدم هؤلاء الدائنون الجدد على الدائنين الآخرين للمدين priment les autres créanciers du débiteur .

وهو ذات الترتيب الذي انتهى إليه من يبررون حق أفضلية الدائنين الجدد بالشخصية الاعتبارية لجماعة الدائنين ، ويعتبرونهم دائنون لها ، حيث يرون أن هؤلاء الدائنين يتقدمون على الدائنين الأعضاء في جماعة الدائنين ، وهم الدائنون العاديون والدائنون أصحاب حقوق الإمتياز العامة ، ولكنهم مسبوقين بالدائنين أصحاب الضمانات العينية الخاصة ، لأنهم ليسوا أعضاء فى جماعة الدائنين ، ومن ثم لا تتأثر أولويتهم بظهور هؤلاء الدائنون الجدد .

٢- ترتيب الدائنون الجدد فيما بينهم

٢٦٠ - لم يضع قانون التجارة المصرى قاعدة يمكن أن يفض بموجبها التزاحم بين الدائنين الجدد الذين نشأت ديونهم نتيجة استمرار أمين التنفليسة في تشغيل تجارة المفلس (دائني جماعة الدائنين) . وقد ذهب الرأي [١] إلى القول بأن علاقة دائني جماعة الدائنين بالنسبة

---

(١) د/ محسن شفيق ، المرجع اسابق ، رقم ٤٤٢ ، ص ٦٤٤ ، د/ سعيد الهياجنة ، المرجع السابق ، ص ١٦٥.

إلى بعضهم بعضا تحكمها القواعد العامة ، ومن ثم فهم متساون فيما بينهم ، حيث يشتركون في اقتسام أموال التفليسة بنسبة ديونهم ، إلا إذا كان دين أحدهم ممتازا وفقا للقانون [١] أو كان السنديك قد رتب لأحدهم رهنا على مال من أموال التفليسة ففى هاتين الحالتين يكون للدائنين حق أفضلية أصحاب التأمينات الخاصة أو الإمتيازات العامة ، حسب الأحوال .

ومن الجدير بالذكر أن هذا هو الرأي الذي ساد في الفقه الفرنسي قبل صدور قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ [٢] الذي أعاد تنظيم إجراء التنفيذ الجماعي على أموال المدين المتوقف عن الدفع . حيث يأتي في المقدمة بين هؤلاء الدائنين : الدائن صاحب التأمين العيني الخاص une sûreté réelle spéciale ، كمن رتب له السنديك رهن على أحد أعيان التفليسة ، أو الدائن صاحب الإمتياز الخاص un privilège spécial ، كمؤجر العقار الذي إستمرت فيه تجارة المفلس . ثم يأتي الدائنون أصحاب حقوق الإمتياز

(١) مثال ذلك التعويض المستحق للعامل فى حالة فسخ عقد العمل طبقا للمادة ٦٢٥ من قانون التجارة الجديد . وكذلك دين الأجرة المستحقة للمؤجر فى حالة إنهاء ايجار العقار الذى يمارس فيه المفلس تجارته طبقا للمادة ٦٢٤ من القانون سالف الذكر ، حيث يكون له إمتيازا لضمان الأجرة المستحقة عن السنة السابقة على حكم شهر الإفلاس وعن السنة الجارية (م ٦١٧ تجارى جديد).

(٢) راجع تفصيلا : أندره برونه ، المرجع السابق ، ص ٢٤٦ ومابعدها ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، ص ٣٨٩ ومابعدها ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٨١.

العامة des privileges generaux مثل الضرائب والتأمينات الإجتماعية المستحقة عن فترة إستمرار النشاط ، وأخيرا الدائنون الجددمن غير هؤلاء ، أي الدائنون العاديون .

ثالثا : مصير الدائنون الجدد بعد إنتهاء التفليسة

١٧٤ - إذا انتهت التفليسة دون أن يحصل الدائنون الجدد الذين نشأت ديونهم بسبب إستمرار أمين التفليسة في تشغيل تجارة المفلس . على ديونهم ، فإنهم لا يستطيعون الرجوع على الدائنين الذين كانوا أعضاء في جماعة الدائنين ، لأن الدائنين الجدد لا يعتبرون دائنون لهم شخصيا . كما أن الدائنين في الجماعة لا يسألون شخصيا عن وفاء هذه الديون ، وذلك بعكس الحال في حالة استمرار أمين الاتحاد في تشغيل تجارة المفلس بعد قيام حالة الاتحاد ، طبقا للمادة ٦٨٧ من قانون التجارة المصري الجديد [١] ، حيث لا يسمح المشرع لأمين الاتحاد ، بالإستمرار في تجارة المدين ولو كان مأذونا في ذلك من قبل (أي خلال فترة الإجراءات التمهيدية) إلا بعد الحصول على تفويض يصدر بأغلبية تمثل ثلاثة أرباع الدائنين عددا ومبلغا ، ويجب أن يعين في التفويض مدته وسلطة أمين الاتحاد والمبالغ التي يجوز له استبقاؤها تحت يده لتشغيل التجارة . ورغم ذلك لا يجوز لأمين الاتحاد أن يقوم

---

(١) وهى تقابل المادتين ٣٤٢ ، ٣٤٣ ، من قانون التجارة المصرى الملغى .

بتنفيذ هذا التفويض إلا بعد تصديق قاضي التفليسة عليه . ونظرا للدور الذي يلعبه الدائنون في صدور التفويض لأمين الاتحاد بالاستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، فقد قرر المشرع مسئولية الدائنين الذين وافقوا على هذا الاستمرار في التشغيل إذا نشأت عنه التزامات تزيد على أموال الاتحاد ، حيث يسألون في أموالهم الخاصة ، دون تضامن بينهم، عن الوفاء بهذه الزيادة كل بنسبة دينه ، بشرط أن تكون ناشئة عن أعمال تدخل في حدود التفويض الصادر منهم.

ومع ذلك إذا قام أمين الإتحاد بتوزيع المبالغ الناتجة عن بيع أموال المفلس دون أن يستنزل منها المبالغ المنصوص عليها في المادة ٦٩١ من قانون التجارة الجديد ، ومنها ديون هؤلاء الدائنون الجدد (دائني جماعة الدائنين) فإنه يكون مسئولا عن تعويض الضرر الذي لحقهم بسبب الخطأ الذي إرتكبه ، وهو عدم مراعاة قواعد التوزيع . كما يكون لهؤلاء الدائنين حق الرجوع على الدائنين في الجماعة للمطالبة باسترداد المبالغ التي وزعت عليهم بما يزيد على ما هو مقرر لهم من أموال التفليسة كل بقدر حصته، ولا يمتد هذا الرجوع إلى أموالهم الخاصة لأنهم لا يسألون شخصيا عن الوفاء بهذه الديون [١] .

١٧٥ - وقد ثار تساؤل قديم بشأن حق هؤلاء الدائنون الجدد

(١) راجع د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٤٤٢ ، ص ٦٤٣.

(دائني جماعة الدائنين) في الرجوع على المفلس بعد إنتهاء التفليسة للمطالبة بالديون التي لم تكف أموال التفليسة للوفاء بها [١]. فذهب من يرون أن هؤلاء الدائنين الجدد دائنون لجماعة الدائنين كشخص إعتباري ، وهي تزول بانتهاء حالة الإفلاس إلى القول بأنه " لا يسأل المفلس شخصيا في مواجهة دائني جماعة الدائنين إذا ظلت ديونهم بغير وفاء بعد انتهاء حالة الاتحاد ، لأن هذه الحقوق لاتتعلق إلا بالتفليسة ولاشأن لها بالأموال التى تؤول إلى المفلس بعد انتهاء الإفلاس ، ولاسيما أن السنديك لم يكن يمثل المفلس عند إجراء الأعمال التى تولدت عنها » [٢]، والحقيقة أن هذا الرأى لم يكتب له الإستمرار بعد أن تطور النظر إلى هؤلاء الدائنين الجدد الذين نشأت ديونهم نتيجة استمرار السنديك فى تشغيل تجارة المفلس ، حيث لم يستمر النظر إليهم كدائنين لجماعة الدائنين فقط بل أعتبروا دائنين للمفلس أيضاً ، وقد تطور الأمر إلى اعتباهم دائنين للمفلس فقط [٣]، ومن ثم أضحى القول بحقهم فى الرجوع على المفلس بعد انتهاء التفليسة للمطالبة بحقوقهم التى لم تكف أموال التفليسة للوفاء بها ، حقيقة لا تقبل الجدل[٤]. ولكن ما يثير الجدل هو مدى احتفاظ هؤلاء الدائنون الجدد

---

(١) راجع تفصيلا في ذلك : أندره برونه ، المرجع السابق ، ص ٢٥٣ ومابعدها .

(٢) راجع : د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٤٤٢ ، ص ٦٤٤ ، عكس ذلك فى الفقه المصرى ، د/ على يونس ، المرجع السابق ، طبعة١٩٩٩، ص ٣٧٥، د/ محمد بهجت قايد ، المرجع السابق ، رقم ٣٤٣ .

(٣) راجع ما سبق بشأن مدى اعتبار الدائنون الجدد دائنون للمفلس أم لجماعة الدائنين ، رقم ١٣٤ ، ص ٢٧١ ومابعدها .

(٤) راجع جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٨ ، حيث يقرر أنه : ===

بحقهم فى الأفضلية عند الرجوع على المدين للمطالبة بحقوقهم بعد انتهاء التفليسة .

مدى استمرار حق الأفضلية بعد انتهاء التفليسة

١٧٦ -تنتهى التفليسة طبقا لما قرره المشروع فى الفصل الخامس من قانون التجارة المصرى الجديد ، بواحد من ثلاثة أسباب : **فقد تنتهى بسبب زوال مصلحة جماعة الدائنين فى إستمرارها ، وقد تنتهى بالصلح مع المفلس سواء كان الصلح صلحاً قضائياً أو كان الصلح صلحاً مع التخلى عن الأموال للدائنين ، وأخيراً تنتهى التفليسة بقيام حالة الاتحاد** . وسنتناول مصير الأفضلية المقرر للدائنين الجدد الذين نشأت ديونهم نتيجة استمرار أمين التفليسة فى تشغيل تجارة المفلس ، فى كل حالة من حالات انتهاء التفليسة .

١ - انتهاء التفليسة لزوال مصلحة جماعة الدائنين

١٧٧ - أجاز المشروع [١] لقاضى التفليسة أن يصدر أمره بإنهاء

== Pour la doctrine moderne , il ne Fait aucun doute que tout creancier de la masse , étant créancier personnel du débiteur , conserver son recours contre le débiteur . après la clôture de la procédeur , la masse disparaissant , il n'existe plus que des créancières personnels du débiteur .

وراجع أيضا : هونورا ، المرجع السابق ، ص ٢٤٧ ، رقم ٣٥ ، أندره برونه ، المرجع السابق ، رقم ١٨١.

(١) راجع المادة ٦٦٠ ، ٦٦١ من قانون التجارة الجديد .

التفليسة لزوال مصلحة جماعة الدائنين ، بناء على طلب المفلس فى كل وقت بعد وضع القائمة النهائية للديون غير المتنازع عليها طبقا للمادة ٦٥٥ من القانون سالف الذكر ، وقد اشترط المشرع لصدور هذا الأمر (بالإضافة إلى وضع القائمة النهائية بالديون) أن يثبت المفلس أنه أوفى كل ديون الدائنين الذين تحققت ديونهم فى التفليسة أو أنه أودع قلم كتاب المحكمة أو لدى أمين التفليسة المبالغ اللازمة لوفاء تلك الديون من أصل وعائد ومصاريف . ولا يجوز لقاضى التفليسة أن يأمر بإنهائها لزوال مصلحة جماعة الدائننين إلا بعد الإطلاع على تقدير من أمين التفليسة يبين فيه تحقق أحدالشرطين المتعلقين بوفاء الديون أو أيداع ما يكفى لوفائها من أصل وعوائد ومصاريف فى قلم كتاب المحكمة أو لدى أمين التفليسة .

ولما كان إنهاء التفليسة لهذا السبب هو أمر جوازى لقاضى التفليسة ، إذا توافرت الشروط سالف الذكر ، فانه لا ينبغى ألا يصدر مثل هذاالأمر دون الوفاء بالديون التى نشأت نتيجة تنفيذ الإذن الذى أصدره بالإستمرار فى تشغيل تجارة المفلس خلال فترة الإجراءات التمهيدية ، لأن هذه الديون ذات أفضلية تخول أصحابها أولوية استيفائها بالتقدم على الدائنين الذين تتكون منهم جماعة الدائنين .

ومع ذلك يجوز للمفلس أن يتفق مع هؤلاء الدائنين الجدد على كيفية وفاء هذه الديون وعلى الضمانات المقررة للوفاء بها ، كأن يقرر

لهم حق رهن على بعض أمواله . فى هذه الحالة يجوز لقاضى التفليسة أن يصدر الأمر بإنهائها لزوال مصلحة جماعة الدائنين ، لأن المشروع لم يجعل الوفاء بهذه الديون الجديدة شرطا لصدور هذا الأمر ، وانما الشرط هو الوفاء بالديون التى تحققت فى التفليسة ، أما هذه الديون الجديد فلا تخضع لاجراءات تقديم وتحقيق الديون .

٢ - إنتهاء التفليسة بالصلح القضائى (١) ،

١٧٨ - من المقرر ألا يشترك هؤلاء الدائنون الجدد فى التصويت على الصلح ، لأنهم ليسوا أعضاء فى جماعة الدائنين ، ومن ثم لا يجوز لهم الاعتراض على الصلح بسبب إنعقاده دون الوفاء بديونهم ، كما أنه لا يحتج فى مواجهة هؤلاء الدائنين بشروط الصلح ، لأن ديونهم نشأت بعد صدور حكم الإفلاس ، ومن ثم لا تخضع لإجرءات تقديم وتحقيق الديون . وإذا كان رجوع هؤلاء الدائنين على المفلس ، الذى زال عنه غل اليد وعادت إليه صلاحية إدارة أمواله والتصرف فيها ، لا يثير شكاً ، إلا أنه ينبغى التساؤل عما إذا كان حق الأفضلية المقرر لهؤلاء الدائنين يستمر بعد انهاء حالة الإفلاس بمقتضى هذا الصلح القضائى ، أم أنه يزول بإنهاء حالة الافلاس وزوال جماعة الدائنين ، وإذا كانت الإجابة باستمرار حق الأفضيلة ، فهل يحتج به في مواجهة الدائنين الذين كانوا

---

(١) راجع المواد من ٦٦٢ إلى ٦٨٢ من قانون التجارة المصرى الجديد .
(٢) راجع المادة ٦٨٣ من قانون التجارة المصرى الجديد .

أعضاء في جماعة الدائنين فقط أم يحتج به أيضا في مواجهة الدائنين الجدد الذين تنشأ ديونهم أثناء تنفيذ الصلح القضائي الذي انتهت به حالة الإفلاس ؟

١٧٩ - أثيرت هذه التساؤلات في فرنسا قبل صدور القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥ (١)، وفي البداية اتجهت محكمة النقض نحو إنتهاء حق الأفضلية المقرر لدائني جماعة الدائنين بمجرد التصديق على الصلح après l'homologation du concordat الذي أنهى حالة الإفلاس وأزال جماعة الدائنين ، ومن ثم لا يتمتع هؤلاء الدائنون بأفضلية لا في مواجهة الدائنين القدامى ولا في مواجهة الدائنين الجدد الذين نشأت حقوقهم أثناء تنفيذ الصلح (٢).

---

(١) راجع تفصيلاً في ذلك : جان ليك هيناف ، ص ٤٠٦ ومابعدها ، أندره برونه ، المرجع السابق ، ص ٢٥٧ ومابعدها ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، ص ٨٣ ومابعدها .

(٢) ويشير الفقه الفرنسي بشأن هذا الرأى إلى حكمين أصدرتهما محكمة النقض الفرنسية: الأول في ٣٠ يناير ١٩٣٩ والثانى فى ٢٣ أبريل ١٩٤٧ . وتتلخص الوقائع فى الحكم الأول فى أن احدى الشركات كانت فى حالة تصفية قضائية وحصلت على صلح مع دائنيها ، فأنهى حالة الإفلاس ، وخلال تنفيذ الصلح تم شهر إفلاس الشركة بناء على طلب الدائنين الجدد الذين نشأت ديونهم أثناء تنفيذ الصلح وتوقفت الشركة عن دفعها . وكان أحد البنوك من دائنى جماعة الدائنين الأولى ، التي انحلت بعد التصديق على الصلح ، لم يستوف دينه فأراد البنك أن يستفيد من صفته كدائن لجماعة الدائنين الأولى ، لكى يستوفى حقه بالأفضلية على الدائنين الذين تتكون منهم جماعة الدائنين الثانية التي تشمل الدائنين فى الجماعة الأولى والدائنين الذين نشأت ديونهم أثناء تنفيذ الصلح . وقد أجابته محكمة استئناف باريس إلى طلبه فى حكمها الصادر بتاريخ ٧ مايو ١٩٣٦ ، ولكن الدائرة المدنية بمحكمة النقض ألغت هذا الحكم ، وقررت أنه بعد التصديق على الصلح تنتهى التفليسة وتزول جماعة الدائنين ، ومن ثم لا يكون أمام دائنى هذه الجماعة إلا المدين الذى كان ==

وبعد ذلك خففت محكمة النقض الفرنسية من النطاق المطلق لإتجاهها السابق ، بأن قررت لهؤلاء الدائنين الاحتفاظ بحق الأفضلية في حالة الحكم بالفسخ القضائي للصلح la resolution judiciaire du concordat الذي أنهى حالة الإفلاس . حيث جاء في حكمها أنه يعتبر من ديون جماعة الدائنين الديون التي نشأت بعد صدور حكم التسوية القضائية le réglement judiciaire ونتيجة العقود التي تمت بموافقة مدير هذه التسوية القضائية لحاجات استمرار الاستغلال ، وذلك إذا كان الصلح الذي صدقت عليه المحكمة بعد تنفيذ هذه العقود قد قضي بفسخه ، حيث تعتبر تصفية الأموال la liquidation des biens التي تلي فسخ هذا الصلح ، ،تطبيقا للمادة ٧٩ من قانون ١٣

== مفلسا يستوفون ديونهم من أمواله التي أستعاد حريته فى ادارتها والتصرف فيها . فإذا قضى بشهر افلاسه مرة ثانية بسبب توقفه عن دفع ديون جديدة فإن دائنى جماعة الدائنين التي زالت يجب اعتبارهم من الدائنبن فى جماعة الدائنين التى تنشأ بصدور حكم الإفلاس الثانى الاحق على نشأة حقوقهم ، ومن ثم لا يستطيعون بهذه الصفة ، الاستفادة من أى أفضلية فى مواجهة الدائنين الآخرين الذين تتكون منهم جماعة الدائنين الثانية .

وقد سارت المحكمة فى هذا الاتجاه فى حكمها الصادر فى ٢٣ أبريل ١٩٤٧ ، ولكن فى هذه الحالة لم يصدر حكم بالافلاس مرة ثانية ، ومع ذلك قررت المحكمة أن المتعاقد الآخر . الذى كان من دائنى جماعة الدائنين لا يمكنه الاستفادة من أى أفضلية فى مواجهة الدائنين الآخرين للمفلس السابق ، بعد التصديق على الصلح ، إلا فى حدود ما يقرره الرهن ، الذى ينشأ بعد قيد حكم التصديق على الصلح ، على عقارات المفلس أو الخاضع للتصفية القضائية L'inscription de l'hypothéque au profit de la masse sur les immeubles du failli

يوليو ١٩٦٧ بمثابة استمرار لإجراء التسوية القضائية الذي صدر به الحكم في بداية الأمر [١] .

وقد حظى اتجاه محكمة النقض بتأييد بعض الفقه [٢] الذي رأى أن هذا الإتجاه يتفق مع قيام حق الأفضلية المقرر لهؤلاء الدائنين على زوال الشخصية الإعتبارية التي تتمتع بها جماعة الدائنين ، ومن ثم يترتب على زوال هذه الشخصية الإعتبارية ، بالتصديق على الصلح ، أن ينتهي من تلقاء نفسه ipso facto حقهم في الأفضلية . وذلك لأن الذمة المالية لجماعة الدائنين التي زالت بالتصديق على الصلح وإنتهاء حالة الإفلاس تندمج مع الذمة المالية للمدين ، وذلك كما لو انضمت شركة إلى شركة أخرى بالإندماج عن طريق الإبتلاع fusion par absorbation، حيث تزول جماعة الدائنين وذمتها المالية ويبقي المدين وذمته المالية ليتزاحم على أصولها دائني الجماعة التي زالت ودائنيه الشخصيين ، ولما كانت أصول كل من هاتين الذمتين لا تتميز كل منهما عن الأخرى، فإن ذلك يقتضي عدم الإعتراف بحق الأفضلية الذي كان مقررا قبل زوال جماعة الدائنين بمالها من ذمة مالية مستقلة . وهذا هو الأساس الذي جعل محكمة النقض تقرر استمرار حق الأفضلية في حالة الفسخ القضائي للصلح ، لأنه يترتب على الفسخ عودة تكوين

(١) راجع : Cass. Com. 21 Novembre 1972 , Ball ,. IV, N. 295.

(٢) راجع الأستاذ Lescot تعليقه على حكم النقض الفرنسى الصادر فى ٣٠ يناير ١٩٣٩ ، مشار إليه لدى جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، ص ٤٠٩.

جماعة الدائنين كما كانت بقوة القانون ، وبالتالي يظل دائنوها محتفظين بصفتهم التي تخولهم حق الأفضلية ،كما يعود غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها (١).

استمرار حق الأفضلية بعد الصلح

١٨٠ - ولم يحظ هذا الإتجاه القضائي بتأييد غالبية الفقه (٢) الفرنسي الذي أيد استمرار حق الأفضلية المقرر لهؤلاء الدائنين بعد التصديق على الصلح الذي أنهى حالة الإفلاس ، وترتب عليه زوال جماعة الدائنين . وينطلق نقدهم للإتجاه السابق من رؤيتهم لهؤلاء الدائنين ، الذين نشأت ديونهم بعد حكم الإفلاس نتيجة استمرار السنديك في تشغيل تجارة المفلس كدائنين حقيقيين للمفلس وليسوا من دائني جماعة الدائنين بالمعني الدقيق المقرر لهؤلاء الدائنين ، حيث لايرجعون حق الأفضلية إلى الشخصية الإعتبارية التي تتمتع بها جماعة الدائنين وما يستتبعه ذلك من وجود ذمتهاالمالية المستقلة ، ولكنهم يرون أن أساس حق الأفضلية هى الاعتبارات العملية ذات طبيعة إقتصادية التى تتمثل في توفير الائتمان والثقة اللازمين لنجاح الإستمرار في تشغيل تجارة المفلس وإنقاذ المشروع الذي تدهورت حالته

---

(١) راجع الأستاذ E. de LAGRANGE تعليقه على حكم النقض بتاريخ ٣٠ يناير ١٩٣٩، مشار إليه لدى ، أندره برونه ، المرجع السابق ، ص ٢٦٠.

(٢) راجع تفصيلا فى نقد هذا الاتجاه الرافض لاستمرار حق الأفضلية ، جان ليك هيناف المرجع السابق ، ص ٤١٠ ومابعدها ، أندره برونه ، المرجع السابق ، ص ٢٦٣ ومابعدها ، ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ٧٥ ص ٨٥ ومابعدها .

المالية أو تصفيته فى أفضل الظروف بما يحقق مصلحة الدائنين في الجماعة [١] ، ومن ثم لايرتبط استمرار حق الأفضلية المقرر لهؤلاء الدائنين بإستمرار وجود جماعة الدائنين .

كما يرون أن الإتجاه الذي أخذت به محكمة النقض فيه قدر من التحكم le moins arbitraire ، لأنها تقرر إستمرار حق الأفضلية في حالة الفسخ القضائي للصلح ولا تعترف به إذا كان فسخ الصلح بسبب شهر الإفلاس مرة ثانية بناء على طلب الدائنين الجدد الذين نشأت ديونهم أثناء تنفيذ الصلح [٢] . هذا بالإضافة إلى أن مسايرة هذا الإتجاه من شأنها الإضرار بائتمان المشروع الذي يستمر السنديك في تشغيله ، لأنه يضحي بدون سبب مشروع sans raison valable ، بمصالح دائني جماعة الدائنين بغرض المحافظة على مصلحة الدائنين اللاحقين على الصلح . كما أن من شأنه إعاقة الوصول إلى الصلح وتعطيل إستمرار نشاط المشروع ، لأنه يدفع هؤلاء الدائنين إلى عدم قبول التعاقد مع السنديك إلا إذا كان الدفع نقدا a` exiger un paiement au comptant ، كما أن ذلك سيضطرهم إلى إتخاذ الإجراءات الإنفرادية لإستيفاء حقوقهم قبل الصلح حتى لايفقدون حقهم في الأفضلية [٣] ، وهذا قد يكون سببا لرفض التصديق على الصلح

(١) راجع ما سبق ، رقم ١٥٤ .
(٢) راجع : هونورا ، المرجع السابق ، ص ٢٤٩ .
(٣) راجع : ميشيل هاردوان ، المرجع السابق ، رقم ٧٤ ص ٨٤.

بواسطة المحكمة ، إذا كانت هذه الديون على قدر كبير من الأهمية[١] .
هذا بالإضافة إلى ما يؤدي إليه رأي محكمة النقض من نتائج قانونية خطيرة، حيث يضع دائني جماعة الدائنين في مركز واحد يضم أيضا الدائنين خارج جماعة الدائنين ، الذين نشأت ديونهم نتيجة التعامل مع المفلس بما يخالف قواعد غل اليد ، والدائنون الذين نشأت ديونهم أثناء تنفيذ الصلح ، فجعلهم جمعيا ممن تتكون منهم جماعة الدائنين في حالة شهر الإفلاس مرة ثانية ، رغم ما بين كل طائفة منهم من إختلاف في الظروف والإطار القانوني الذي نشأت ديونهم في ظله[٢].

ومع ذلك لم ينكر أنصار إستمرار حق الأفضلية صعوبة تأييد رأيهم بقاعدة قانونية في ظل التشريع القائم في ذلك الوقت ، رغم تأكيدهم على عدم التسليم بالإتجاه الذي ذهبت إليه محكمة النقض ، مما دفع أصحاب هذا الرأي إلى مناشدة المشرع للتدخل بتنظيم مصير حق الأفضلية في حالة إنتهاء التفليسة وزوال جماعة الدائنين [٣]. وهذا مادفع البعض أيضا إلى القول بأن حق الأفضلية الذي يستمر بعد إنتهاء التفليسة وزوال جماعة الدائنين لا يحتج به في مواجهة الدائنين الجدد الذي نشأت ديونهم أثناء تنفيذ الصلح ، إذا كان سبب فسخ الصلح هو

---

(١) راجع : أندره برونه ، المرجع السابق ، ص ٢٦٤.
(٢) راجع : أندره برونه ، المرجع السابق ، رقم ١٨٧ ، ص ٢٦٥.
(٣) راجع ، جان ليك هيناف ، المرجع السابق ، رقم ٣١٨.

الحكم بالإفلاس مرة ثانية ، أما في حالة الفسخ القضائي للصلح فيحتج بحق الأفضلية في مواجهة جميع الدائنين سواء الذين نشأت ديونهم أثناء تنفيذ الصلح أو الذين نشأت ديونهم أثناء تنفيذ الصلح ، لأن جماعة الدائنين التي زالت بالتصديق على الصلح تعود مع عودة حالة الإفلاس بأثر رجعي نتيجة الفسخ القضائي للصلح[١].

ومن الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي قد نظم مصير هؤلاء الدائنين الجدد ، بموجب المادة ٤٠ من القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥ الخاص بالإصلاح والتصفية القضائية للمشروعات ، واعترف لهم بحق أولوية يستمر بعد صدور قرار المحكمة بإقرار خطة إصلاح المشروع أو تصفيته [٢] .

١٨١- ولا شك في أن القول بإستمرار حق الأفضلية هو الأولى بالإتباع في القانون المصرى[٣]، لأن هؤلاء الدائنين الجدد هم في الحقيقة دائنين للمفلس وليسوا دائنين لجماعة الدائنين كشخص إعتباري ، ومن ثم لا يتأثر حقهم في الأفضلية بزوال هذه الجماعة . وعلى ذلك فهم يحتفظون بهذه الأفضلية بعد إنتهاء التفليسة بالصلح

---

(١) راجع : أندره برونه ، المرجع السابق ، رقم ١٩٠.

(٢) راجع فى هذا الشأن ، رقم ١٨٣ ومابعده من هذا البحث .

(٣) ويذهب البعض فى الفقه المصرى إلى القول بأنه يشترط لاستفادة هؤلاء الدائنين من حق الأفضلية أن تظل الأموال التي كانت فى التفليسة متميزة عن الأموال الأخرى التي اكتسبها المفلس بعد انتهاء التفليسة . راجع د/ محمد بهجت قايد ، المرجع السابق ، رقم ٣٤٣ ، د/ على يونس ، المرجع السابق ، طبعة ١٩٩٢ ، ص ٣٧٦ .

القضائي عندما يتخذون إجراءات التنفيذ على أموال المدين لإستيفاء حقوقهم التي نشأت نتيجة إستمرار أمين التفليسة في تشغيل تجارة المفلس خلال فترة الإجراءات التمهيدية التي تلي صدور حكم الإفلاس .

وإذا كان الإعتراف بإستمرار حق الإفضلية المقرر لهؤلاء الدائنين في مواجهة الدائنين القدامى ، الذين كانوا أعضاء في جماعة الدائنين المنقضية ، يعتبر أمرا منطقيا ، لأنه يتفق مع منهج المشرع المصري الذي اعترف بإستمرار حق الأفضلية لمن أطلق عليهم « دائني جماعة الدائنين » بعد إنتهاء التفليسة بقيام حالة الإتحاد حيث ألزم أمين التفليسة بإستنزال ديونهم من المبالغ الناتجة عن بيع أموال المفلس ، وذلك بعد إستنزال الرسوم ومصاريف إدارة التفليسة ، وقبل الإعانات المقررة للمفلس ولمن يعولهم والمبالغ المستحقة للدائنين الممتازين ، ثم يوزع الباقي بين الدائنين بنسبة ديونهم المحققة (م٦٩١ تجاري جديد).

ومع ذلك فإن الإحتجاج بحق الأفضلية في مواجهة الدائنين الذين تنشأ حقوقهم أثناء تنفيذ الصلح لا يجد له سند من القانون ، طالما ظل الصلح قائما ، لأنه لا يوجد ما يبرر الإحتجاج بهذه الأفضلية في مواجهة هؤلاء الدائنين الذين لم يستفيدوا من نشأة هذه الديون الجديدة قبل الصلح ، ولذلك يجب تدخل المشرع لكي يمكن الإعتراف بإستمرار حق الأفضلية في هذه الحالة . وحتي يتم هذا التدخل ينبغي على أمين التفليسة وعلى قاضيها أن ينظما مصير هؤلاء الدائنين (دائني جماعة

الدائنين) قبل انعقاد الصلح القضائي والتصديق عليه ، وإذا لم يتم ذلك ينبغي علي المحكمة أن ترفض التصديق على الصلح ، محافظة على مصلحة هؤلاء الدائنين الجدد .

أما إذا فسخ الصلح فإن الحالة تعود إلى ما كانت عليه قبل انعقاد الصلح ، ومن ثم تعود جماعة الدائنين ويرتب غل يد المدين آثاره، وفي هذه الحالة يدخل الدائنون الذين نشأت ديونهم أثناء تنفيذ الصلح في جماعة الدائنين ، ومن ثم يحتج في مواجهتهم بحق الأفضلية المقرر للدائنين الذين نشأت ديونهم قبل الصلح نتيجة إستمرار أمين التفليسة في تشغيل تجارة المفلس (دائني جماعة الدائنين) .

أما إذا قضي ببطلان الصلح القضائي فإن الدائنين يصبحون في حالة إتحاد ، وهنا يثور التساؤل عن مصير حق الأفضلية في هذه الحالة، وهو ما نوضحه فيما يلي .

٣ - انتهاء التفليسة بقيام حالة الاتحاد

١٨٢ - يصير الدائنون في حالة إتحاد بحكم القانون : إذا لم يحصل المدين على الصلح أو حصل عليه ثم أبطل . ومن المقرر أن يستمر حق الأفضلية المقرر للدائنين الذين نشأت ديونهم نتيجة إستمرار أمين التفليسة في تشغيل تجارة المفلس ، حيث إعترف لهم المشرع بأولوية تأتى بعد الرسوم ومصروفات إدارة التفليسة (م ٦٩١ تجاري

جديد) عند توزيع المبالغ الناتجة عن بيع أموال المفلس . ويسري نفس الحكم في حالة الصلح مع التخلي عن الأموال ، حيث قرر المشرع (م ٣/٦٨٣ تجاري جديد) أن تباع الأموال التي تخلى عنها المدين ويوزع ثمنها طبقا للقواعد المقررة لبيع وتوزيع أموال المفلس في الإتحاد .

وإذا إنتهت حالة الإتحاد ولم تكف المبالغ الناتجة عن بيع أموال المفلس للوفاء بالديون التي نتجت عن إستمرار أمين التفليسة في تشغيل تجارة المفلس خلال فترة الإجراءات التمهيدية ، أي قبل قيام حالة الاتحاد ، فإن هؤلاء الدائنين يرجعون على أموال المدين التي تؤول إليه بعد إنتهاء الإتحاد ، ولا يتمتعون في ذلك بحق أفضلية إلا ما قرره المشرع بنص خاص ، ولا يجوز لهؤلاء الدائنين الرجوع على الذمة المالية الخاصة للدائنين في جماعة الدائنين . وذلك بعكس الديون التي تنشأ نتيجة إستمرار أمين الإتحاد في تشغيل تجارة المفلس خلال فترة الإتحاد بموجب تفويض خاص يصدر بأغلبية تمثل ثلاثة أرباع الدائنين عددا ومبلغا ، حيث يسأل الدائنون الموافقون على الإستمرار في تشغيل التجارة عن الوفاء بالديون التي تزيد على أموال الإتحاد ، وذلك من أموالهم الخاصة ، ولكن دون تضامن بينهم ، وتكون مسئولية كل دائن بنسبة دينه ، بشرط أن تكون الديون ناشئة عن أعمال تدخل في حدود التفويض الصادر منهم لأمين الاتحاد (١) .

---

(١) راجع المادة ٦٨٧ من قانون التجارة المصرى الجديد .

المطلب الثالث

اولوية الدائنون الجدد في القانون الفرنسي

(رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥)

النص على حق الأولوية للدائنين الجدد

١٨٣ - عندما أعاد المشرع الفرنسي تنظيم الإجراءات الجماعية بموجب القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥ ألغى جماعة الدائنين ، وأخذ بالرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسيين في ظل القوانين السابقة على صدوره فيما يتعلق بتحسين مركز الدائنين الذين تنشأ ديونهم بعد صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي نتيجة الإستمرار في تشغيل تجارة الشخص الخاضع لهذا الإجراء الجماعي، والذين شاعت تسميتهم فيما سبق " دائني جماعة الدائنين " . وقد جاء ذلك بالإعتراف لهم صراحة بحق أفضلية في إستيفاء ديونهم وعدم خضوعهم للإجراءات الجماعية[١].

وقد نظم المشرع الفرنسي المركز القانوني لهؤلاء الدائنين الجدد في المادة ٤٠ من القانون سالف الذكر[٢]، حيث نصت على أن

---

(١)راجع Brtrant SAINT - ALARY , Créances nées après le jugement d'ouverture , juris - classeur , Fascicule 2340, n. 4.

(٢)وقد أدخل المشرع على هذه المادة تعديلا بموجب القانون رقم ٤٧٥ الصادر فى ١٠ يونيه ١٩٩٤ ، وذلك لكي يضع حلولاً للمشكلات العملية التي ظهرت بعد تطبيق هذا النص .

«الديون الصحيحة nées régulièrement التي تنشأ بعد صدور حكم الإفتتاح يتم الوفاء بها في مواعيد إستحقاقها sont payées à leur échéance عندما يستمر النشاط. وفي حالة التنازل الكلي cession totale عن المشرع أو عدم الوفاء بها في مواعيد الإستحقاق في حالة إستمرار النشاط، يكون الوفاء بهذه الديون بالأولوية على جميع الديون الأخرى elles sont payées par priorité à toutes les autres créances سواء كانت تتمتع بإمتيازات de privilèges أم لا، أو كانت مضمونة برهن sûretés، وذلك فيما عدا الديون المضمونة بالإمتياز المقرر في المواد ١٤٣/١٠، ١٤٣/١١، ٧٤٢/٦، ٧٥١/١٥ من قانون العمل.

وفي حالة التصفية القضائية، يكون الوفاء بهذه الديون بالأولوية على جميع الديون الأخرى، فيما عدا الديون المضمونة بالإمتياز المقرر في المواد ١٤٣/١٠، ١٤٣/١١، ٧٤٢/٦، ٧٥١/١٥ من قانون العمل، والمصروفات القضائية des frais de justice، والديون المضمونة بضمانات خاصة على العقارات أو منقولات التي يمارس عليها حق حبس assorties d'un droit de rétention أو الديون الناشئة تطبيقاً للقانون رقم ٥٩ الصادر في ١٨ يناير ١٩٥١

بشأن الرهن الحيازي للآلات والتجهيزات المهنية au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement ، ويكون الوفاء بها تبعا للترتيب التالي :

١- ديون المرتبات التي لم يتم دفعها تطبيقاً للمواد من ١٣٤ / ١١-١ إلى المادة ١٤٣/ ١١-٣ من قانون العمل .

٢- المصروفات القضائية .

٣- القروض التي تمنحها المؤسسات المالية والديون الناشئة عن تنفيذ العقود المستمرة طبقا للقواعد المنصوص عليها في المادة ٣٧ والتي وافق المتعاقد الآخر على تأجيل إستيفائها ، إذا كانت هذه القروض أو آجال السداد قد أذن بها القاضي المنتدب - le juge commissaire في إطار ما يقتضيه إستمرار النشاط خلال فترة المراقبة ، بشرط شهر هذه الديون . في حالة فسخ العقد الذي استمر تنفيذه طبقا للقانون (بعد فتح الإجراء) فإن التعويضات والجزاءات les indemnités et pénalités لا تستفيد من هذا الحكم .

٤- المبالغ التي تم دفعها تطبيقا للمادة ١٤٣/ ١١-١-٣ من قانون العمل .

٥- الديون الأخري حسب مرتبتها " .

يتضح من ذلك أن المشرع يعترف لهؤلاء الدائنين الجدد بمركز متميز ، حيث يخولهم حق إستيفاء حقوقهم في مواعيد إستحقاقها ، سواء تم ذلك رضاء أو عن طريق إتخاذ إجراءات التنفيذ الإنفرادية على جميع أموال المدين الخاضع للإجراء الجماعي . وإذا تأخر إستيفاء هؤلاء الدائنون لحقوقهم حتى أعتمدت المحكمة خطة التنازل الكلي عن المشروع أو قام أحدهم بالتنفيذ على أموال المدين فقد إعترف له المشرع صراحة بحق أولوية priorité يخوله إستيفاء حقه ، في حالة التزاحم ، بالتقدم على جميع الدائنين الآخرين للمدين الخاضع للإجراء الجماعي .

وبموجب التعديل الذي أدخله المشرع على المادة ٤٠ في عام ١٩٩٤ تم التمييز ، فيما يتعلق بمرتبة هذه الأولوية ، بين ما إذا كان الأمر يتعلق بالديون الناشئة خلال فترة المراقبة le période de observation أو الديون الناشئة عن إستمرار نشاط المشروع في حالة التصفية القضائية en cas de liquidation judiciaire ، حيث في الحالة الأولى تتقدم هذه الديون على جميع الديون الأخرى للمدين ولو كانت مضمونة بتأمين خاص ، ماعدا ديون المرتبات التى حددها المشرع . أما فى الحالة الثانية فقد وضع المشرع ترتيبا آخر لهذه

الأولوية أوضحته الفقرة الثانية من المادة ٤٠ بعد تعديلها بالقانون رقم ٤٧٥ لسنة ١٩٩٤ (١) .

ولاشك في أن هذا التنظيم يتلائم مع الفلسفة التي يقوم عليها نظام الإجراءات الجماعية الذي نظمه المشرع الفرنسي في عام ١٩٨٥ ، وكان نتيجة طبيعية لتطورات إقتصادية وقانونية سابقة على صدوره ، حيث يهدف المشرع إلى إنقاذ المشروعات المتعثرة أو المتوقفة عن الدفع طالما أنها قابلة للحياة . وذلك من خلال قواعد تضمن فاعلية الإستمرار في نشاط المشروع ، وتحقق للدائنين الجدد الحماية اللازمة التي تشجعهم على التعامل مع القائم على إدارة المشروع بعد صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي ضد صاحبه ، وذلك لكي يتوافر الإئتمان اللازم لإستمرار النشاط .

ومع ذلك فقد واجه الإعتراف للدائنين االجدد بهذه الأولوية المطلقة معارضة من البعض الذي طعن على نص المادة ٤٠ أمام المجلس الدستوري le conseil constitutionnel على أساس أن الحقوق العينية les droits reéls d'hypothéque et de gage التي أنشئت قبل التصويت على هذا القانون قد أهدرت sont aneámtis

---

(١) راجع : ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٧٨ ، كورين سنتلرى هوان ، المرجع السابق ، رقم ٦٠٢ ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٥٢.

بمقتضاه وهذا يخالف المبدأ الدستوري الذي يقرر عدم رجعية القوانين violation du principe constitutionnel de non -rétroactivité des lois . ولكن الطعن قد رفض على أساس أن المادة ٤٠ اكتفت بتغيير أولوية الوفاء بالديون دون إلغاء الضمانات التي تقررها الحقوق العينية (١) . كما أنه لا يخل بمبدأ المساواة بين الدائنين ، لأن المقصود هو المساواة بين الدائنين أصحاب المركز القانوني الواحد ، ومن ثم يكون التمييز بين الدائنين على أساس تاريخ نشأة الدين أمرا مشروعا (٢).

وسنتناول حق الأولوية أو الإمتياز (٣) المقرر لهؤلاء الدائنين الجدد بمقتضي المادة ٤٠ من القانون رقم لسنة ١٩٨٥ ، لنحدد الديون التي تتمتع بهذه الأولوية ثم الآثار التي تترتب عليها .

أولا : الديون التي تتمتع بالأولوية المقررة في المادة ٤٠

١٨٤ - يشترط لكي يتمتع الدين بالأولوية المقررة في المادة ٤٠ سالفة الذكر أن تتوافر ثلاثة شروط ، هي :

---

(١) راجع : برتراند ستنلرى ، المرجع السابق ، رقم ٨ كورين ستنلرى هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٨٢.

(٢) راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٤٦ ، ص ٢٤٧.

(٣) راجع بشأن طبيعة هذه الأولوية واعتبارها في الحقيقة امتيازا من الامتيازات العامة des privilèges généraux ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٥٣ ، ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٧١.

١٨٥- **الشرط الأول : أن ينشأ الدين بعد حكم إفتتاح الإجراء الجماعى** ، فهذه الديون هي التى تساعد على إنقاذ المشروع واصلاح حالته المالية ، حيث يعتبر التعامل مع القائم على إدارة المشروع في ظل هذه الظروف نوع من المخاطرة ، ومن ثم يكون الإعتراف له بحق الأولوية في استيفاء الدين الناشئ عن ذلك من شأنه إحداث قدر من التوازن .أما الديون الناشئة قبل ذلك فتخضع للإجراءات الجماعية .

والعبرة في هذا المجال هي بتاريخ التصرف الذي نتج عنه الدين ، حيث يكفي مقارنته بتاريخ صدور حكم إفتتاح إجراءات الإصلاح القضائي للمشروع . وإذا كان التحقق من هذا الشرط يبدو سهلا إلا أن التطبيق العملي قد يظهر بعض الصعوبات التي تتمثل **أولاها في تأخير تاريخ التصرف** postdater les contrats الذي تم قبل صدور الحكم إلى تاريخ لاحق عليه حتي يستفيد من حق الأولوية المقررة في المادة ٤٠، فإذا ثبت ذلك فلا يستفيد الدين من الأولوية(١). **أما الثانية فتتعلق بالديون الناشئة عن العقود التي أبرمت قبل صدور الحكم واستمر تنفيذها بعد صدوره** ، مثل عقود التوريد والإيجار والخدمات . فهل تعتبر الديون الناشئة عن هذه العقود ديونا سابقة على الحكم ، بإعتبار تاريخ العقد ، أم تعتبر ديونا لاحقة على الحكم ، بإعتبار عدم قابلية العقد للتجزئة l'indivisibilité du contrat ؟ في الحقيقة لا

---

(١) راجع : كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٨٩.

يمكن الأخذ بأي من الإجابتين على إطلاقها ، وإنما ينظر إلى الأداءات les prestations التي تم تقديمها قبل صدور الحكم ، فهذه لاتستفيد من حق الأولوية ،أما الأداءات التي قدمت بعد صدور الحكم فهي التي تستفيد من حق الأولوية ، فالعبرة في هذا المجال بتاريخ الآداء أو تنفيذ الإلتزام الذي نتج عنه الدين وليست بتاريخ العقد il faut tenir compte de la date de la prestation et non de celle du contrat (١) . وينطبق ذلك على الديون التي تنتج عن العقود المستمرة التي أبرمت قبل صدور الحكم طالما أن الدين نشأ عن تقديم آداءات بعد الحكم ، ولو قبل أن يعلن المدير القضائي رغبته في إستمرار العقد . أما إذا فسخ العقد بعد الاستمرار في تنفيذه فإن التعويضات والجزاءات les indémnités et penalités التي يحكم بها لا تتمتع بحق الأفضلية ، وذلك على عكس ما كان عليه الرأي قبل تعديل المادة ٤٠ بموجب القانون رقم ٤٧٥ لسنة ١٩٩٤ الذي نص صراحة على إستبعاد هذه الديون من نطاق حق الأفضلية (٢).

أما فيما يتعلق بالأخطاء un délit du quois - délit التي ارتكبها المدين قبل صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي ولكن لم

---

(١) راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٤٩ ، ص ٢٧٦ .

(٢) راجع ، كوربن هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٩١ ، إف جيون ، المرجع السابق والمكان السابقين .

يصدر الحكم بإلزامه بدفع التعويض الجابر للضرر الناشئ عن هذا الخطأ إلا بعد صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي ، فإن دين التعويض المحكوم به يعتبر ضمن الديون الخاضعة للإجراءات الجماعية ولايستفيد من الأولوية المقررة في المادة ٤٠ ، لأن حكم التعويض لايعتبر منشئا للدين ولكنه كاشف عنه ومحددا لمقداره ، حيث قام السبب المنشئ le génerateur للحق في التعويض قبل صدور حكم الإفتتاح[١].

أما بالنسبة للديون التي تنشأ بموجب نصوص القانون les créances d'origin légale ، كالضرائب وأقساط التأمين الإجتماعي ، فلا تتمتع بالأولوية المقررة في المادة ٤٠ إلا الديون المستحقة عن العمل أو استمرار النشاط الذي تم بعد صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعى ، لأن أداء العمل أو استمرار النشاط هو الواقعة المنشئة le fait generateur لدين التأمينات الإجتماعية والضرائب[٢] .وكذلك الأمر بالنسبة للديون المتعلقة بالتعويضات المستحقة عن فصل العاملين des licenciements الذي تقرر خلال فترة المراقبة ، حيث تعتبر ديونا ناشئة بعد حكم إفتتاح الإجراء ، ومن ثم تستفيد من الأولوية المقررة في المادة ٤٠ سالفة الذكر . وكذلك

(١) راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، ص ٢٧٦.

(٢) راجع : ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٦٤ ، ص ١٠٨٦.

أقساط التأمين الإجتماعي المستحقة عن هذه التعويضات [١] .

وطالما أن الدين قد نشأ مصدره leur origine خلال فترة المراقبة فإنه يتمتع بالأولوية المقررة في المادة ٤٠ ولو لم يحدد مقداره أو ميعاد إستحقاقه إلا بعد إنتهاء هذه الفترة [٢] .

١٨٦ - وقد ثار التساؤل عما إذا كانت الأولوية المقررة في المادة ٤٠ سالفة الذكر تقتصر على الديون التي تنشأ خلال فترة المراقبة فقط ، أم أنها تشمل جميع الديون الناشئة عن استمرار النشاط بعد صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي ؟ في بداية تطبيق القانون ٩٨ لسنة١٩٨٥ تردد الرأي في القول بأن هذه الأولوية تقتصر على الديون الناشئة خلال فترة المراقبة فقط ، ، لأن نص المادة ٤٠ رغم أنه يقرر هذه الأولوية للديون الصحيحة الناشئة بعد حكم إفتتاح الإجراء الجماعي ، دون أن يشترط ارتباطها بفترة المراقبة فقط ، إلا أن هذا الرأي رُجح على أساس أن نص المادة ٤٠ جاء ضمن النصوص التي تنظم فترة المراقبة . وقد استقر الرأي[٣] بعد التعديل الذي أجراه المشرع بموجب القانون ٤٧٥ لسنة ١٩٩٤ ، على أن الديون الناشئة نتيجة استمرار نشاط المشروع خلال

---

(١) راجع : ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٧٥ ، ص ٤١٥.

(٢)راجع : ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٦٣.

(٣) راجع : كورين هوان ، المرجع السابق ، ٥٩٣، ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٨٧٧ ، ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٦٣ ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٤٩ ، ص ٢٧٧.

فترة التصفية القضائية تتمتع أيضا بالأولوية المنصوص عليها في المادة ٤٠ سالفة الذكر ، وذلك تطبيقا للإحالة الصريحة le prevoit expressement الواردة في المادة ١٥٣ المتعلقة بفترة التصفية القضائية التي تنص على تطبيق الأحكام المقررة في المادة ٤٠ على الديون الناشئة خلال هذه الفترة، إذا قررت للمحكمة الإستمرار في نشاط المشروع لحاجات تصفيته les besions de sa liquidation .

أما الديون التي تنشأ بعد إقرار المحكمة للخطة التي تحدد مصير المشروع ، إما بالإستمرار وإما بالتنازل ، فإنها لا تتمتع بالأولوية المقررة في المادة ٤٠ سالفة الذكر [١] .

وقد حاز اعتبار تاريخ الحكم الصادر بإقرار الخطة le jugement arrêtant le plan نهاية لنطاق تطبيق المادة ٤٠ ، قبول الفقه [٢] والقضاء[٣] الفرنسيين ،على أساس أن المشروع الذي تقرر استمراره يجب أن يكون قادر على الوفاء بديونه في مواعيد استحقاقها[٤]. وعلى ذلك ذهب البعض إلى القول بأنه في كل حالة

---

(١) راجع تفصيلا الخلاف الذى دار بشأن هذه الديون قبل قانون ١٠ يونيه ١٩٩٤ ، برتراند سانتلرى ، المرجع السابق ، رقم ١٦.

(٢) ميشيل جيانتان ، المرج السابق ، رقم ٦٧٧ ، ص ٤١٦ .

(٣) راجع :

Cass. Com. 3 Abril 1990 , D. 1990 , N 385 , Note JEANTIN .

(٤) راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٤٩ ، ص ٢٧٧.

يستمر فيها النشاط بعد انتهاء فترة المراقبة دون أن يكون قد تم إقرار الخطة ، فإن هذا الإستمرار يكون غير صحيح d'activité irrégulière ومن ثم لا يستفيد الدائن الذي ينشأ دينه خلال هذه الفترة من الأولوية المقررة في المادة ٤٠ سالفة الذكر [1] . ولكن العدالة l'équité تقتضي القول بإستفادة هذا الدائن من الأولوية المقررة في المادة ٤٠ سالفة الذكر ، لأن تأخير إقرار الخطة يرجع إلى تقصير القاضي المشرف على الإجراءات والمدير القضائي ، ومن ثم يكون حرمان الدائن من هذه الأولوية تضحية بمصلحته لأسباب خارجة عن إدارته ، وهذا من شأنه إضعاف إئتمان المشروع[2].

١٨٧ - *الشرط الثاني : أن ينشأ الدين نتيجة استمرار نشاط المشروع .*

ورغم أن المشرع لم ينص على هذا الشرط صراحة في المادة ٤٠ إلا أن الرأي الراجح يعتبره مفترضا ضروريا تقتضيه روح النص de son esprit ، لأنه لو لم يستمر نشاط المشروع فإنه لا مجال للحديث عن فترة المراقبة ، وإنما تتقرر التصفية القضائية . هذا بالإضافة إلى أنه لا يوجد أي مبرر إقتصادي أو أخلاقي motif économique ou moral للقول بتطبيق المادة ٤٠ على الديون التي تنشأ في إطار المصلحة الشخصية l'intérêt personnel للمدين دون أن تتعلق

---

(١) راجع ميشيل جيانتان ، المرجع والمكان السابقين .

(٢) راجع برتراند سانتلرى ، المرجع السابق ، رقم ٣٠.

بإستمرار نشاط المشروع ، وعلى ذلك لا يستفيد دين أجرة المسكن الشخصي للمدين من الأولوية المقررة فى المادة ٤٠ سالفة الذكر [١] .
ومن ثم لا يقبل القول بأن المادة ٤٠ تنطبق على جميع الديون التي تنشأ بعد صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي بصرف النظر عن استمرار النشاط ، لأن المشرع لم ينص على ذلك صراحة إلا بالنسبة للقروض وآجال الوفاء التي يأذن بها قاضي الإجراءات [٢] ، لأن هذا القول يتناقض مع ما قصده المشرع من الإرتباط بين حق الأولوية المقرر في هذه المادة وإستمرار نشاط المشروع ، حيث جاء النص على هذه الأولوية فى المادة (٤٠) ضمن القواعد الخاصة باستمرار النشاط ، وفى الجزء المتعلق بمصير المشروع خلال فترة المراقبة . هذا بالإضافة إلى أن مبرر هذه الأولوية أو الامتياز يكمن فى نشأة الدين تلبية لاحتياجات المشروع ، وعلى ذلك فإن الديون التي لا تتعلق باستمرار النشاط les créances nées réguliérment d'operations étrangeres a` la poursuite de l'activité لا تستفيد من هذه الأولوية ولو نشأت خلال فترة المراقبة [٣] .

وعلي ذلك يبدو منطقيا القول بأنه ينبغي التمييز بين الديون

(١) راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٧٨ ، ص ٢٧٤.

(٢) راجع : برتراند سانتلرى ، المرجع السابق ، رقم ٤٠ ، وكذلك يرى الاستاذ ميشيل جيانتان أنه لا يوجد ما يمنع القول بأن الديون التي لا ترتبط باستمرار النشاط والديون الشخصية للمدين تستفيد من هذه الأولوية ، طالما نشأت نتيجة تصرفات أو أعمال قانونية إحترمت فيها القواعد التي تنظم غل يد المدين dessaisissement خلال فترة المراقبة ، المرجع السابق ، رقم ٦٧٤ ، ص ٤١٤.

(٣) راجع : ريبير وروبلو ، المرحع السابق ، رقم ٣٠٦٤ ، براتراند سانتلرى ، المرجع السابق ، رقم ٢٨ .

المهنية les créances professionnelles والديون الشخصية les créances personnelles فالديون المهنية تستفيد من الأولوية المقررة في المادة ٤٠ . مع مراعاة أنه بالنسبة للقروض des prêts التي تمنحها مؤسسات الإئتمان والديون الناتجة عن العقود التي يستمر تنفيذها طبقا للمادة ٣٧ وديون المتعاقد الآخر الذي وافق على تأجيل استيفائها ، وهي التي تقع في المرتبة الثالثة من المادة ٤٠ ، حيث يشترط أن يصدر بها إذن من القاضي المشرف على الإجراء ، بما يعني ضرورة إرتباطها باستمرار نشاط المشروع . أما الديون الشخصية للمدين التي تنشأ بعد حكم افتتاح الاجراء الجراء الجماعى فإنها لاتستفيد من هذه الأولوية ، ورغم عدم النص صراحة في المادة ٤٠ على إستبعادها ، لأنها لا تتعلق sont étrangères بإستمرار الإستغلال وإصلاح المشروع . ورغم أن القضاء الفرنسي لم يعلن صراحة رأيه بشأن الديون الشخصية للمدين ، إلا أنه يتجه نحو تطبيق المادة ٤٠ على جميع الديون المهنية ، سواء كانت متعلقة بإستمرار نشاط المشروع أم لا تتعلق به ، فيما عدا الديون الناشئة خلال فترة التصفية ، حيث يشترط ارتباطها باستمرار نشاط المشروع وحاجات التصفية لكي تتمتع بالأولوية المقررة في المادة ٤٠ سالفة الذكر [١] .

١٨٨ - **الشرط الثالث : أن ينشأ الدين بصورة قانونية** la régularité de la créance [٢] . ويقصد به أن ينشأ الدين نتيجة تصرف أو

---

(١) راجع : كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٩٤ .

(٢) راجع تفصيلا : برتراند سانتلرى ، المرجع السابق ، رقم ٢٠ ومابعده .

عمل قانونى روعيت فى اجرائه القواعد المتعلقة بإدارة المشروع خلال فترة المراقبة ، ويعتمد ذلك على مراعاة السلطات المخولة للمدين خلال هذه الفترة ، لأنه لا يترتب على صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها بصورة تلقائية ، كما هو مقرر في نظام الإفلاس التقليدي ، وإنما يتم غل اليد بصورة متغيرة ومحددة ، حسب القرار الذي تصدره المحكمة في كل حالة على حده ، حيث قد يجعل للمدين حرية التعاقد بمفرده أو يشترط حصوله على موافقة المدير القضائي أو القاضي المشرف على الإجراء الجماعي، بما يعني أن قانونية التصرف تتوقف علي احترام القواعد المنظمة لتوزيع سلطات إدارة المشروع بين مختلف الأجهزة المشاركة في الإجراء الجماعي [١].
ومن ثم إذا لم يتم مراعاة ذلك في التصرف أو العمل ، فإن الدين الناشئ عنه لا يستفيد من الأولوية المقررة في المادة ٤٠ سالفة الذكر [٢]، كأن يكون الدين قد نشأ نتيجة قيام المدين أو المدير القضائي بأحد التصرفات أو الأعمال الممنوعة خلال فترة المراقبة [٣]، أو أن ينشأ الدين عن تصرف قام به المدين أو المدير القضائي دون الحصول على إذن من القاضي المشرف على الإجراء الجماعي ، ورغم ضرورة هذا الإذن[٤] .

---

(١) راجع ما سبق توزيع السلطات بين المدين والمدير القضائى ، ص ١٠٩ ومابعدها .
(٢) راجع : كوربن هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٨٦ ، إف جيسون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٥٠ ، ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٧٤.
(٣) راجع ما سبق رقم ٦٠.
(٤) راجع ما سبق رقم ٦٢ .

وتخضع لشرط ضرورة نشأة الدين بصورة قانونية ، جميع الديون التي تنشأ خلال فترة المراقبة ، سواء كانت ديونا تعاقدية contractuelle أو نتيجة فعل غير مشروع délictuelle وقع أثناء القيام بتصرف أو عمل مأذون به قانونا [١]، كذلك الديون التي مصدرها القانون les créances légales، كالضرائب والتأمينات[٢].

وطالما أن الدين قد نتج عن تصرف أو عمل روعيت فيه حدود سلطات القائم على إدارة المشروع ، فإن ذلك يعتبر قرينة على قانونية الدين une presomption de régulorité de la créance [٣].

ويذهب البعض إلى القول بأن قانونية الدين la régularité de la créance تقتضي وجود إرتباط وثيق وحال une corrélation étroite et immédiate بين الدين الجديد وإستمرار النشاط خلال فترة المراقبة ، لأن ذلك يتناسب مع المنطق والفلسفة التي يقوم عليها قانون ١٩٨٥ ، الذي يقرر أولوية الديون الجديدة نظرا لكونها مفيدة doivent être utiles في إجراء إصلاح المشروع [٤]. ومع ذلك

---

(١) راجع ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٥٠ ، ص ٢٧٨ ، براتراند سانتلر ، المرجع السابق ، رقم ٣٨ .

(٢) راجع : ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٦٤ ، ص ١٠٨٦.

(٣) راجع ، برتراند سانتلرى ، المرجع السابق ، رقم ٣٠.

(٤) راجع : برتراند سانتلرى ، المرجع السابق ، رقم ٢٨.

يتخوف البعض من تعميم هذا الشرط فتنزلق المحاكم من ضرورة قانونية الدين نحو ملائمة vers l'opportunité الدين لإستمرار النشاط خلال هذه الفترة ، ومن ثم تتجه إلى عدم الإعتراف بحق الأولوية إلا للديون الناشئة عن العقود التي ساهمت أو أفادت ont présenté un intérêt في إصلاح المشروع ، لأن هذه الرقابة علي العقد تمثل خطرا على إستمرار النشاط وإصلاح المشروع ، حيث سيتردد الدائنون عن تقديم الإئتمان اللازم لإستمرار النشاط وتحقيق الهدف من فترة المراقبة ، وهو محاولة إصلاح المشروع ، وذلك لأن استفادتهم من الأولوية المقررة في المادة ٤٠ ستكون غير مؤكدة [١].

١٨٩ - وقد وضع المشرع شروطا إضافية لكي تكسب بعض الديون قانونيتها، وبالتالي تستفيد من الأولوية المقررة في المرتبة الثالثة بموجب المادة ٤٠ سالفة الذكر . حيث اشترط صدور إذن من القاضي المشرف على الإجراء du juge - commissaire بالنسبة للقروض les prets التي تمنحها مؤسسات الإئتمان les établissement de crédit والديون الناشئة عن تنفيذ العقود التي تستمر طبقا للمادة ٣٧ والتي يوافق المتعاقد الآخر على تأجيل الوفاء بها un paiement différé، كما اشترط شهر هذه الديون بالقيد

---

(١) راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٥ ، ص ٢٧٨.

في السجل التجاري publicité au registre du commerce أو في سجل الحرف ou répretoire des métier [١]، وذلك لكي يستطيع الغير معرفة مقدار الديون التي تتمتع بالأولوية المقررة في المادة ٤٠ سالفة الذكر [٢] . ونظرا لضرورة الإذن الصادر من القاضي في هذا الشأن فقد رأى البعض التزام المدير القضائي بأن يقدم للقاضي بصفة دورية déclarer périodiquement بيانا بالديون التي التزم بها وتتمتع بالأولوية المقررة في المادة ٤٠ ، حتي يستطيع القاضي أن يتخذ الإجراء المناسب إذا رأى أن هذه الديون قد زادت بصورة غير عادية [٣] .

وعلى ذلك إذا نشأ الدين ، سواء كان قرضا أو نتيجة استمرار العقد طبقا للمادة ٣٧ ، دون صدور إذن من القاضي فإن نشأة هذا الدين تكون غير قانونية irrégulière ، ومن ثم لا تستفيد من الأولوية المقررة في المرتبة الثانية طبقا للمادة ٤٠ [٤]. ومع ذلك يرى البعض

---

(١) راجع المادة ٦٠ من اللائحة التنفيذية الصادرة بالمرسوم الصادر فى ٢٧ ديسمبر ١٩٨٥ .
وهو سجل يوجد لدى قلم كتاب المحكمة ، ويذكر فيه اسم الدائن ومبلغ القروض واسم المؤسسة المقرضة وميعاد استحقاق القروض أو الآجال المحددة للوفاء .

(٢) راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٥٠ ، ص ٢٧٨ ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٩٦ .

(٣) راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٥٠ ، ص ٢٧٩.

(٤) راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٥٥ ، ص ٢٨٣.

أنها تتمتع بأولوية من المرتبة الخامسة طبقا لهذه المادة ، على أساس أنها من الديون التي نشأت خلال فترة المراقبة [١] . أما إذا لم يتم شهر هذه الديون في سجل الحرف أو في السجل التجاري ، فإن الجزاء على ذلك هو فقدان الدين لترتيب الأولوية ، حيث يصبح من ديون المرتبة الخامسة في المادة ٤٠ ، لأن المشرع لم يضع جزاء محدد على تخلف شهر القروض أو الديون الناشئة عن العقود التي استمر تنفيذها طبقا للمادة ٣٧ [٢].

ثانيا : الآثار التي تترتب على الأولوية المقررة للديون الجديدة

١٩٠ - حق الأولوية المقرر في المادة ٤٠ من القانون ٩٨ لسنة ١٩٨٥ للديون التي تنشأ خلال فترة المراقبة - التي تبدأ من تاريخ صدور حكم افتتاح الإجراء الجماعي حتي تاريخ إقرار المحكمةلخطة إصلاح المشروع أو تصفيته - يخول للدائنين حق استيفاء حقوقهم في مواعيد استحقاقها بالرجوع على جميع أموال المدين ، وذلك وفقا لترتيب محدد في حالة تزاحمهم مع بعضهم بعضا . وسنتناول تباعا : وعاء هذه الأولوية ، ثم حقهم استيفاء الحقوق في مواعيد استحقاقها ،

---

(١) راجع : كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٩٦ ، ص ٣٤٨ ، ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٦٦ ، ص ١٠٩٠ ، برتراند سانتلرى ، المرجع السابق ، رقم ٣١ ، ص ٩ ، ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٨٧.

(٢) راجع : إف جيسون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٥٠ ، ص ٢٧٨ ، كورين هوان ، المرجع والمكان السابقين ، ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٦٦ ، ص ١٠٩٠.

وأخيرا القواعد التي يتم على أساسها فض تزاحم الدائنين في حالة التنفيذ على أموال المدين .

(١) الأموال التي تقع عليها الأولوية

١٩١ - يقع حق الأولوية المقرر للدائنين الجدد علي جميع أموال المدين tous les biens du débiteur سواء كانت منقولات meubles أو عقارات immeubles ،لأن المادة ٤٠ أنشأت لمصلحة هؤلاء الدائنين حق إمتياز عام privilège général ، دون أن يقرر لهم حق التتبع le droit de suite [(١)] . ولا يدخل في نطاق هذه الأولوية الأموال التي يحوزها المدين ولكنها مملوكة للغير ، مثل الأموال المباعة مع شرط حفظ الملكية [(٢)] ، ولا الأموال التي يحوزها المدين بناء على عقد إيجار تمويلي crédit - bail . ولا يقتصر الأمر على الأموال التي يملكها المدين وقت افتتاح الإجراء الجماعي ، ولكن يشمل جميع الأموال التى تؤول إليه فيما بعد نتيجة دعاوى بطلان التصرفات الصادرة خلال فترة des actions en nullité d'actes conclus au cour de la périod suspecte ودعاوى تكملة الديون des actions en comblement de passif التي ترفع

---

(١) راجع : ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٨٤ ، ص ٤١٨ .

(٢) راجع أ.د/ على سيد قاسم ، شرط الاحتفاظ بالملكية ونظام الإفلاس ، ص ٩٢ ومابعدها ، وبشأن مزايا وعيوب هذا الشرط فى القانون الفرنسى ، راجع د/ عبدالرافع موسى ، المرجع السابق ، ص ٢٦٦ ومابعدها .

ضد مديري الأشخاص الاعتبارية ، وغيرها من دعاوى المسئولية ، وكذلك الأموال الناتجة عن بيع بعض الأموال خلال فترة المراقبة [١] .

(٢) حق استيفاء الديون الجديدة فى مواعيد استحقاقها

١٩٢ - وضعت المادة ٤٠ أول مظاهر الأولوية التي يتمتع بها الدائنون الجدد ، وهو حقهم في استيفاء هذه الديون في مواعيد استحقاقها a`leur échéance في حالة استمرار نشاط المشروع .

وعلي ذلك يكون المشرع قد سمح لهؤلاء الدائنين بإتخاذ الإجراءات الإنفرادية les poursuites individuelles سواء كانت دعاوى أو وسائل تنفيذ des voies d'exécution على أموال المدين ، لاستيفاء حقوقهم [٢] ، وذلك بعكس الحال بالنسبة للدائنين السابقين علي صدور حكم افتتاح الإجراء الجماعي الذين يحظر عليهم أتخاذ هذه الإجراءات الإنفرادية ، لأنهم يخضعون لإجراءات تقديم وتحقيق الديون de déclaration et de vérification des créances في إطار الإجراء الجماعي الذي يخضع له المدين ، ومن ثم فقد حظر المشرع الوفاء بحقوقهم خلال فترة المراقبة [٣].

(١) راجع : كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٥٩٨ و برتراند سانتلرى ، المرجع السابق ، رقم ٤١.

(٢) راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٥١ ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٦٠٠ ، ص ٣٤٩ ، ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٦٥ ، ص ١٠٨٩ ، ميشيل جيانتان ، المرجع اسابق ، رقم ٦٤٨ .

(٣) راجع ما سبق ، رقم ٦١ .

وتتوقف أهمية هذه الأفضلية على وجود أموال كافية للوفاء بهذه الديون الجديدة في مواعيد استحقاقها. وتكون العبرة في هذا المجال بأولوية تاريخ الدين d'une priorité de date [١]، حيث يكون من حق الدائن الذي حان تاريخ استحقاق دينه أن يحصل علي وفاء صحيح ونهائي d'obtenir un paiement valable et définitif لدينه، ولو وجدت ديون أخري مستحقه أفضل في المرتبة de meilleur rang ، طالما أن أصحابها لم يطلبوا الوفاء بها في ميعاد الاستحقاق[٢] . أما إذا استحقت مجموعة من الديون في تاريخ واحد وتمت المطالبة بها ، فإذا كانت الأموال المتوافرة لدى المدين أو المدير القضائي تكفي للوفاء بها ، فلا تثور مشكلة ترتيب هذه الديون . أما إذا كانت الأموال المتوافرة غير كافية ، فإنه يجب على المدير القضائي أو المدين أن يراعي الترتيب القانوني le classement légal لهذه الديون (طبقا للمادة ٤٠) عند الوفاء بها [٣]. وفي هذه الحالة يتم التوزيع بين الدائنين في المرتبة الواحدة تبعا للنسبة بين ديونهم en proportion de leur créances [٤].

---

(١) راجع إف جيون ، المرجع والمكان السابقين .

(٢) راجع : ريبير ورويلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٦٥ ، ص ١٠٨٩ ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٦٠٠ ، ص ٣٥١ .

(٣) راجع : كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٦٠٠ ، ص ٣٤٩.

(٤) راجع : ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٨٤ ، ص ٤١٩ ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٥٦ ، ص ٢٨٤.

ورغم حرص المشرع على فعالية استيفاء الدائنون الجدد لحقوقهم في مواعيد استحقاقها ، بأن ألزم المدير القضاء أن يقدم بصفة دورية قائمة بالديون التي تتمتع بالأولوية المقررة في المادة ٤٠[1]، إلا أن الفقه يلاحظ ضعف la fragilité الضمان الذي تقدمه هذه المادة إذا لم يتم الوفاء بهذه الديون في مواعيد استحقاقها ، حيث يتعرض الدائنون أو بعضهم لخطر عدم استيفاء حقوقهم ، وذلك إذا تم فسخ خطة استمرار المشروع ، حيث أن تطبيق المادة ٨٠ من القانون ٩٨ لسنة ١٩٨٥ يتجه بالإجراء نحو التصفية القضائية للمشروع ، ومن ثم تعتبر الديون التي لم يتم الوفاء بها بمثابة ديون سابقة ، وبالتالي تخضع لإجراء تقديم الديون[2]، وبالتالي تخضع لترتيب آخر في أولوية الوفاء ، حيث تتقدم عليها ديون أخرى [3] .

(٣) قواعد فض التزاحم عند استعمال حق الأولوية

١٩٣ - عندما يستعمل الدائنون الجدد حق الأولوية المقرر لهم في المادة ٤٠ من قانون ١٩٨٥ فإنهم يتزاحمون مع غيرهم من الدائنين القدامى للمدين ، كما أنهم يتزاحمون فيما بينهم ، وقد تضمنت المادة ٤٠ سالفة الذكر القواعد التي يحل على أساسها هذا التزاحم .

---

(١) راجع ما سبق ، رقم ١٨٩ .
(٢) راجع : كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٦٠٠ ، ص ٣٥١ .
(٣) راجع ما سيلي ، رقم ١٩٧.

١٩٥ - بالنسبة للعلاقة بين الدائنين الجدد والدائنين القدامى،نجد أن المشرع ، اعتبار من صدور القانون ٤٧٥ لسنة ١٩٩٤ ، يفرق بين ما إذا كان المشروع خاضعا لإجراء الإصلاح القضائي en redresseme judiciaire أو كان في حالة التصفية القضائية en liquidtion judiciaire .

وذلك لأنه إذا كان من المنطقي أن يفرض على الدائنين السابقين التضحية من أجل إصلاح المشروع ، فإن ذلك لا يفهم له مبرر في حالة التصفية التي تدل على أن الدعم المقدم من الدائنين الجدد كان دون جدوى a ete inefficace [1].

ترتيب الدائنون فى حالة الاصلاح القضائى :

١٩٦ - فإذا كان المشروع خاضعا لإجراء الإصلاح القضائي ، فأن الدائنين الجدد الذين نشأت ديونهم بعد صدور حكم افتتاح الإجراء الجماعى يتقدمون في استيفاء حقوقهم بالإولوية على جميع الدائنين الذين نشأت ديونهم قبل صدور هذا الحكم ، ولو كانوا من أصحاب الضمانات الخاصة titulaires de sûretés spéciales أو أصحاب الإمتيازات de privilèges . ولم يستثن المشرع من ذلك سوى ديون العاملين التي اعترف لها المشرع بمرتبة أعلى من الإمتياز le super privilège، حيث جعلها تتقدم على الديون الناشئة بعد

---

(١) راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٥٢ ، ص ٢٧٩.

حكم إفتتاح الإجراء ، وذلك رعاية لما لديون العاملين من طابع الإعاشة le caractère alimentaire ، مما يقتضي دفعها بالأولوية على الديون اللاحقة على ذلك الحكم[١]. ويشمل هذا الإستثناء ديون الأجور les créances salariales التي لا تلتزم بدفعها هيئة ضمان المرتبات AGS، وهي مستحقات العاملين ، أيا كانت طبيعتها عن الستين يوما الأخيرة في العمل أو التمرين apprentissage (م ١٤٣ -١٠ من قانون العمل) وبالنسبة للممثلين التجاريين aux représentants de commerce مستحقاتهم عن التسعين يوما الأخيرة من العمل (م ٧٥١-١٥ من قانون العمل) ، وبالنسبة للبحارة aux marins de commerce مستحقاتهم عن التسعين يوما الأخيرة من العمل أو لمدة الدفع la période de paiement إذا كانت أطول ، بعد خصم التعويض القانوني عن الأجازات مدفوعة الأجر indémnités légales de congés payés في حدها الأقصى plafond(م ١٤٣-١١ من قانون العمل) وكذلك التعويضات الإتفاقية عن الأجازات مدفوعة الأجر في حدها الأقصى المحدد قانونا[٢].

---

(١) راجع : ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٧٩ ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٥٥ ، ص ٢٨٣ ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٦٠٣.

(٢) راجع : ميشيل جيانتان ، المرجع والمكان السابقين ، برتراند سانتلرى ، المرجع السابق ، رقم ٤٤.

ترتيب الدائنون فى حالة التصفية القضائية

١٩٧ - أما إذا كان المشروع في حالة التصفية القضائية ، فإن الدائنين الجدد يستوفون حقوقهم بعد أربع فئات من الدائنين وهم [١]:

١- العاملون بالنسبة لديونهم ذات الإمتيازات الأعلي susper privilègees .

٢- الوكلاء القضائيون les mandataires de justice الذين يتمسكون بامتياز المصروفات القضائية des frais de justice ، لأن نشاط هؤلاء الوكلاء إستفاد منه جميع الدائنين ، ومن ثم لن يفاجئ الدائنون الجدد بتقدم هؤلاء في استيفاء مصروفاتهم وأجورهم .

٣- الدائنون أصحاب الضمانات العقارية de sûretés immobilieres ، أي الرهن الرسمي والإمتيازات العقارية المشار إليها في المادة ٢١٠٣ من القانون المدني .

٤- الدائنون أصحاب الضمانات الخاصة على منقولات المدين ، وهم من يمارسون حق الحبس un droit rétention أو الدائنون المرتهنون .

(١) راجع : كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٦٠٢ ، ص ٣٥٢ - ٣٥٣.

قواعد فض التزاحم بين الدائنين الجدد

١٩٨ - أما بالنسبة لقواعد فض التزاحم بين الدائنين الجدد ، فقد نصت عليها المادة (٤٠) وجاءت مراتبهم علي النحو التالي :

١- ديون العاملين les créances salariales تأتي في المرتبة الأولي بين الديون المضمونة بالأولوية أو الامتياز المقرر فى المادة (٤٠) سالفة الذكر . وتشمل الديون التى لم يتم دفعها تطبيقا للمواد من ١٤٣-١١-٣ من قانون العمل . وتغطى هذه الأولوية المبلغ المستحق من ديون العاملين نتيجة استمرار النشاط والذى لا تلتزم هيئة ضمان الأجور L'AGS بدفعه ، حيث لاتلتزم هذه الهيئة إلا بدفع المستحقات عن شهر ونصف كحد أقصى .

ويذهب الرأي إلى أنه يجب تفسر مفهوم دين الأجر de créance de salaire تفسيرا موسعا بحيث يشمل جميع الديون الناشئة عن عقد العمل toutes les créances issues du contrat de travail ، فيما يتعلق بالحد الأقصى للضمان و مدته[١] .

٢- المصروفات القضائية lesFrais de justice تأتى فى المرتبة الثانية ، ويتم ترتيب هذه المصروفات القضائية فيما بينها طبقا للقواعد العامة[٢] ، ويذهب البعض بعد صدور القانون ٩٨ لسنة ١٩٨٥ إلى القول بأن السبب في الإعتراف للمصروفات القضائية بالمرتبة المتقدمة على مرتبة الدائنين الجدد - هو إنفاق هذه المصروفات تحقيقا

(١) راجع : ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٨٥.
(٢) راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٥٥ ، ص ٢٨٣.

لمصلحة هؤلاء الدائنين . ومن ثم لا تستفيد من هذه المرتبة المصروفات التي إنفقت بعيدا عن مصلحة هؤلاء الدائنين الجدد ، ولكن هذا الحكم لم يعد ينطبق في حالة التصفية القضائية بعد صدور قانون ١٠ يونيه ١٩٩٤ الذي جعل لهذه المصروفات مرتبة تتقدم على مرتبة الدائنين الجدد [١].

٣- يأتي في المرتبة الثالثة ، القروض التي منحتها مؤسسات الإئتمان ، كذلك الديون الناشئة عن العقود التي أبرمها المدين قبل صدور حكم افتتاح الإجراء الجماعي واستمر تنفيذها بعد هذا الحكم طبقا للمادة ٣٧ من القانون ٩٨ لسنة ١٩٨٥ ، والتي وافق المتعاقد الآخر على تأجيل استيفائها [٢] . مع مراعاة ضرورة أن تحصل هذه القروض وآجال الوفاء بالديون على إذن من القاضي المشرف على الإجراء الجماعي ، في إطار ما يقتضيه استمرار النشاط خلال فترة المراقبة ، بالإضافة إلى اتخاذ إجراءات شهرها [٣] .

يتضح من ذلك أن المشرع يضع هذه الديون في هذه المرتبة المتقدمة نظرا لأهميتها في تدعيم استمرار نشاط المشروع خلال فترة المراقبة ويعتبر ذلك ردا على المخاطرة التي أقدم عليها أصحاب هذه الديون ، كما يتضح محاباة المشرع للبنوك ومؤسسات الائتمان لكي يشجعهم على مساندة المشروع خلال هذه الفترة .

---

(١) راجع : ميشيل جبانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٨٦ .

(٢) راجع ما سبق رقم ١٩٧.

(٣) راجع : ميشيل جبانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٨٧ .

وتقتصر الإستفادة من الأولوية المقررة في هذه المرتبة علي القروض التي تقدمها مؤسسات الائتمان ، ومن ثم لا يستفيد منها القروض التى تقدم من غير هذه المؤسسات أو من الأفراد ، حيث تأتي هذه القروض في المرتبة الخامسة بإعتبارها من الديون التي نشأت بعد صدور حكم افتتاح الإجراء ، كما هو الشأن بالنسبة للديون الناشئة عن العقود الجديدة التي تبرم بعد صدور هذا الحكم [١].

ويري البعض أنه ينبغي إعطاء مصطلح القرض le terme prêt مفهوما واسعا بحيث يشمل ، بالإضافة إلى المفهوم التقليدي للقرض المعرف في المادة ١٨٩٢ من القانون المدني ، جميع إتفاقات الائتمان toutes les conventions de crédit ، مثل الإئتمان بالتوقيع le crédit par signatuer أو الإئتمان المتعلق بتداول الديون le crédit de mobilisation de créances [٢] كخصم الأوراق التجارية l'escomopte des effets de commerce .

وفي حالة التزاحم بين ديون هذه المرتبة فإنه يتم التوزيع بينهم حسب نسبة كل دين ،أي يقسم المبلغ بينهم قسمة الغرماء réglées au marc - le- franc [٣]. وذلك ما لم يكن أحد هذه الديون مضموما

(١) راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٥٥ ، ص ٢٨٣ .
(٢) راجع : ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٦٦ ، ص ١٠٩٠ .
(٣) راجع : ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٦٦ ، ص ١٠٩٠ ، إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٥٦ ، ص ٢٨٤ ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٦٠٤ ، ص ٣٥٥، برتراند سانتلر ، المرجع السابق ، رقم ٥٠.

بتأمين عيني خاص ، كرهن حصل عليه بنك أو أحد الدائنين في هذه المرتبة خلال فترة المراقبة بناء على إذن من القاضي المشرف على الإجراء الجماعي . ففي هذه الحالة يتقدم الدائن في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون بالأولوية على الدائنين الآخرين أصحاب الديون في نفس المرتبة[١]. ومع ذلك لا يجوز للتأمينات الخاصة أن تغير من المرتبة المقررة للدائنين طبقا للمادة (٤٠) لأن هذا الترتيب يتعلق بالنظام العام . وعلي ذلك لا يجوز أن يتقدم أحد دائني المرتبة الخامسة على أحد دائني المرتبة الرابعة بسبب حصول الأول على تأمين إتفاقي une sûreté conventionnelle لضمان الوفاء بدينه [٣].

٤-ويأتي في المرتبة الرابعة ديون العاملين والتعويضات les créances salariales et les indémnités المختلفة التي تم دفعها طبقا للمادة ١٤٣ -١١ -١ من قانون العمل عن طريق هيئة ضمان الأجور L'AGS بسبب استمرار عقود العمل خلال فترة المراقبة، حيث في هذه الحالة تحل subroger هذه الهيئة محل العاملين في المطالبة بحقوقهم التي سبق أن دفعتها إليهم ، ولكن هذا الحلول لايرتب آثاره القانونية كاملة ، لأن دين العامل ذاته يأتي في المرتبة الأولى أما

---

(١) راجع إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٥٦ ، ص ٢٨٥.

(٢) راجع ، إف جيون ، المرجع والمكان السابقين ، كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٦٠٤ ، ص ٣٥٥.

الهيئة فتأتي في المرتبة الرابعة ، بعد البنوك والموردين الذين يكون من مصلحتهم أن يحصل العاملين على حقوقهم من هذه الهيئة[١].

٥- ويأتي في المرتبة الخامسة والأخيرة ، جميع الديون الأخرى ، غير ما ذكر في المراتب الأربع السابقة ، التي نشأت بصورة قانونية بعد صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي ، سواء كانت نتيجة العقود الجديدة التي أبرمها المدير القضائي أو المدين خلال فترة المراقبة ، مثل عقد التوريد وعقود تقديم الخدمات ، أو الديون الناشئة عن العقود التي أبرمها المدين قبل صدور حكم افتتاح الإجراء الجماعي واستمر في تنفيذها طبقا للمادة ٣٧ من القانون ٩٨ لسنة ١٩٨٥ ، وذلك إذا قبل المتعاقد الآخر تأجيل الوفاء بهذه الديون ولكنها لم تستوف شرط الحصول علي إذن القاضي المشرف على الإجراء الجماعي [٢] ، أو كانت ديون مصدرها القانون ، كالضرائب والتأمينات الإجتماعية المستحقة عن استمرار النشاط خلال هذه الفترة . وإذا كان وضع ديون الضرائب والتأمينات في المرتبة الخامسة يمثل تضحية نسبية ، إلا أن هذه التضحية تبدو مقبولة من هذه الهيئات - رغم شراهتها insatiables - التي توافق على تأجيل مطالباتها لكي لا تعرقل إصلاح المشروع ، عن طريق منعه من الحصول على ما يلزمه من

---

(١) راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٥٥ ، ص ٢٨٣.
(٢) راجع ما سبق رقم ١٨٨ .

الائتمان المصرفي du crédit bancaire وإئتمان الموردين du crédit fournisseur[١] .

وتضم هذه المرتبة أيضا القروض التي قدمت للمشروع خلال فترة المراقبة من غير المؤسسات مالية . وكذلك القروض التي منحتها المؤسسات المالية دون مراعاة شرط الحصول على إذن القاضي المشرف الجماعي على الإجراء الجماعي [٢] .

وفي حالة التزاحم بين الدائنين في هذه المرتبة يتم التوزيع بينهم حسب مراتبهم selon leur range طبقا للقواعد العامة ، حيث يستعيد الدائنون الامتيازات المقررة لديونهم ، ومن ثم يتقدمون على الدائنين العاديين les créanciers chirographaires وغيرهم من الدائنين أصحاب التأمينات التاليين لهم في المرتبة [٣] . وعلى ذلك تتقدم الخزانة العامة le trésor public على غيرها من دائني هذه المرتبة لاستيفاء مستحقاتها الضريبية وأقساط التأمين الإجتماعي المستحقة عن استمرار نشاط المشروع بعد صدور حكم إفتتاح الإجراء الجماعي [٤] .

---

(١) راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، رقم ١٢٥٥ ، ص ٢٨٤.
(٢) راجع : ميشيل جيانتان ، المرجع السابق ، رقم ٦٩٠.
(٣) راجع : كورين هوان ، المرجع السابق ، رقم ٦٠٣ ، ص ٣٥٥.
(٤) راجع : ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٦٦ ، ص ١٠٩١.

الخاتمة

١- يتضح من هذه الدراسة أن المشرع الفرنسي قد طور نظام الإفلاس التقليدي وخفف كثيرا من طابعه الجزائي ، وذلك تلبية للتطورات الاقتصادية والاجتماعية التي مر بها المجتمع ، وقد وصل به الأمر إلى هجر مصطلح " الإفلاس " كتسمية للإجراء الجماعي الذي يتخذ كوسيلة للتنفيذ الجماعي على أموال التاجر الذي يتوقف عن الوفاء بديونه نتيجة اضطراب حالته المالية ، وأخذ يطلق على هذا الإجراء الجماعي تسميات أخرى مثل التسوية القضائية وتصفية الأموال وإخيرا الإصلاح (أو التقويم) والتصفية القضائية للمشروعات بموجب القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥ .

وقد إهتم المشرع الفرنسي خلال هذه التطورات بالنظر إلى مشروع الشخص الذي يخضع للإجراء الجماعي ، باعتبار أن هذا المشروع لا يهم مالكه فقط ، ولكنه أحد الوحدات التي يتكون منها الاقتصاد الوطني ، كما أنه يعتبر خلية إجتماعية ترتبط بها مصالح أشخاص آخرين ، مثل العمال والموردين والمستهلكين للسلعة أو الخدمة التي يقدمها هذا المشروع . ولذلك حاول المشرع جاهدا المحافظة على هذا المشروع وإنقاذه كلما كان ذلك ممكنا ، وقد بدأ هذا الإتجاه يتضح اعتبارا من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ ، حيث وضع المشرع القواعد التي تضمن

الفصل بين مصير المشروع ومصير صاحبه أو القائمين على إدارة الشخص المعنوي الذي يملكه ، فإذا كان المشروع قابلا للحياه والاستمرار في النشاط ، فيجب أن يتم المحافظة عليه واتخاذ الوسائل اللازمة للخروج به من أزمته ، وذلك بصرف النظر عن مصير صاحبه أو القائمين على إدارة الشخص المعنوي الذي يملكه ، حيث يتحدد مصيرهم تبعا لما إذا كان التوقف عن الدفع واضطراب الحالة المالية يرجع إلى خطأ أو سوء إدارة أو كان يرجع إلى الظروف المحيطة بالمشروع سواء كانت إقتصادية أو إجتماعية ، وسواء كانت داخلية أو دولية .

وقد وصل هذا التطور مرحلة أخرى بموجب القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥ الذي جعل الأصل هو استمرار نشاط المشروع وعدم غل يد المدين عن إدارة أمواله أو التصرف فيها بعد صدور حكم إفتتاح إجراء إصلاح المشروع الذي يبدأ بمرحلة مراقبة يتم خلالها دراسة الأحوال المالية والإقتصادية والاجتماعية للمشروع ، ثم إعداد خطة تحدد كيفية إصلاحه باستمرار نشاطه أوالتنازل عنه جزئيا أو كليا وأخيرا قد يكون الإقتراح هو تصفية المشروع إذا كان قد وصل إلى درجة يستحيل معها إصلاحه . وخلال مرحلة المراقبة قد يظل المدين أو مدير المشروع على رأس النشاط كما كان قبل صدور الحكم ، وقد تحدد المحكمة سلطاته

في الإدارة والتصرف ، بأن تخضعه لرقابة المدير القضائي أو لمساعدته أو أن تقرر غل يده تماما وتخول المدير القضائي السلطة الكاملة في إدارة المشروع والتصرف في أمواله تحت إشراف القاضي المنتدب للإشراف علي الإجراء . ومع ذلك تظل آثار الإفلاس التقليدى قائمة خلال هذه الفترة ، حيث يحظرعلى جميع الدائنين الذين نشأت ديونهم قبل صدور حكم افتتاح الإجراء ، اتخاذ الإجراءات الإنفرادية ، ويوقف سريان الفوائد ، ولكن لا تسقط آجال الديون ، كما يخضعون لإجراءات تقديم وتحقيق الديون .هذا بالإضافة إلى ما قرره المشرع من حظر القيام بتصرفات أو أعمال معينة وإخضاع تصرفات أخرى لإذن القاضي المنتدب للإشراف على الإجراء الجماعي .

٢- أما المشرع المصري فقد ظل محافظا على نظام الإفلاس ، ولم يأخذ بالتطورات التي أدخلها المشرع الفرنسي كما أخذ منه هذا النظام أول مرة عام ١٨٨٣ ، ولم يتغير الأمر بعد صدور قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، حيث لم تظهر فيه فكرة المشروع على نحو يتناسب مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي تحيط بالنشاط التجاري ، الذى لم يعد يسيطر عليه النشاط الفردي كشكل للمشروع ، ولكن أخذ في غالبيته شكل المشروع الجماعي ذو الحجم الكبير والروابط المتعددة محليا ودوليا . وظلت قواعد الإفلاس ذات الصبغة العقابية التى تهدف إلى عقاب المفلس وإقتلاعه من الحياة

التجارية كوسيلة لحماية الدائنين الذين خولهم المشرع الكلمة العليا في تحديد مصير المفلس والمشروع ، حيث يترتب على صدور حكم الإفلاس غل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، بالإضافة إلى تعطيل نشاطه نتيجة وضع الأختام على محاله ومكاتبه وخزائنه وأوراقه ومنقولاته فور صدور الحكم بشهر الإفلاس . ويتم ذلك بغض النظر عن المصالح المرتبطة بالمشروع وعن الأسباب التي أدت إلى توقف التاجر عن الوفاء بديونه التي قد لا يكون له يد فيها ، نتيجة زيادة حجم المنافسة محليا ودوليا ، وما تتعرض له الحياة الاقتصادية من تغيرات أو أزمات تؤثر علي قدرة المدين على الوفاء بديونه .

ومن هنا يبدو طبيعيا ألا يهتم المشرع المصرى بتنظيم الاستمرار فى تشغيل تجارة المفلس إلا بصفة استثنائية ، حيث جعل الأصل هو وقف النشاط ووضع الأختام فور صدور حكم الإ فلاس على محال المفلس .

٣- ومع ذلك لا يمكن القول بعدم صلاحية نظام الإفلاس الذي مازال مطبقا في مصر ، وأن الحل الأمثل هو اتباع خطوات المشرع الفرنسي في هذا المجال [١] ، لأن لكل نظام قانوني الفلسفة التي يقوم عليها وهي تعكس حاجاته الاقتصادية والإجتماعية .

---

(١) حيث يشير الفقه الفرنسى إلى أن إحصاءات التطبيق العملى للقانون ٩٨ لسنة ١٩٨٥ توضح عدم الوصول إلى الهدف المنشود فى معظم الحالات ، حيث أن أغلب الحالات التى تبدأ بفترة المراقبة تنتهى (٩٠٪) منها بالتصفية القضائية للمشروع ، راجع : إف جيون ، المرجع السابق ، ص ٣٢٨ ، هامش رقم ١ ، ريبيرو روبلو ، المرجع السابق ، رقم ٣١٧٤ ، ص ١١٨١ ، كورين هوان ، المرجع السابق ، ، رقم ٤٦١ ، ص ٢٦٢.

وما وصل إليه المشرع الفرنسي يمكن أن تحقيقه فى مصر من خلال وضع القواعد اللازمة لتفعيل تطبيق المادة ٦٤٥ من قانون التجارة الجديد التي أجازت لقاضي التفليسة أن يأذن بالإستمرار في تشغيل متجر المفلس ، خلال فترة الإجراءات التمهيدية التي تبدأ من تاريخ صدور حكم الإفلاس وتنتهي بانعقاد جمعية الصلح- وذلك بناء على طلب أمين التفليسة أو طلب التفليسة ، وبعد أخذ رأي مراقب التفليسة، إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة أو مصلحة المفلس أو الدائنين . وهي ذات الفترة التي أطلق عليها المشرع الفرنسي فترة المراقبة la période d'observation .

وكل ما في الأمر أن المشرع الفرنسي افترض أن المصلحة العامة تقتضى دائما استمرار نشاط المشروع خلال هذه الفترة ، ومن ثم أعاد تنظيمها بما يحقق الهدف منها ، وهو الوقوف على حقيقة حالة المشروع بمختلف جوانبها ، المالية والاقتصادية والإجتماعية ، وذلك من أجل إنقاذ المشروع القابل للحياة والإستمرار . وفي سبيل ذلك لم يجعل غل اليد نتيجة تلقائية لصدور حكم افتتاح الإجراء الجماعي ولكنه أخضعه لسلطة المحكمة حسب الظروف الخاصة بكل حالة على حده . كما جعل الأصل هو استمرار نشاط المشروع خلال هذه الفترة ، مع وضع القواعد التي تضمن كفاءة الأشخاص الذين يقومون بإدارة المشروع ودراسة حالته وتشخيص المشكلة من حيث البحث عن أسبابها واقتراح الحلول المناسبة لها .

وإذا قام قاضي التفليسة بدوره على الوجه المفروض وتدخل في الوقت المناسب ، سواء لإصدار الإذن بالاستمرار في تشغيل تجارة المفلس أو لإلغاء هذا الإذن ووقف النشاط ، فإن الوضع لن يختلف كثيرا عما وصل إليه المشرع الفرنسي الذي جعل الأصل هو استمرار النشاط ، ولكنه في نفس الوقت يخول المحكمة سلطة إصدار القرار بوقف النشاط وتصفية المشروع في أي وقت خلال فترة المراقبة ، إذا كان الاستمرار لا يحقق الهدف ، وهو إصلاح المشروع وإنقاذه من الزوال. ولم يجعل أي من المشرعين للدائنين سلطة بشأن اتخاذ قرار الاستمرار أو قرار وقف النشاط .

٥ - وقد اتضح لنا من البحث أن جماعة الدائنين هى شخص اعتبارى يقوم بقوة القانون بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس لكي تحافظ على مصالح وحقوق الدائنين المكونين لها . ومع ذلك فلا تتمتع هذه الجماعة بذمة مالية مستقلة ، لأنها لا تقوم من أجل ممارسة نشاط إقتصادى أو إجتماعى يحتاج إلى وعاء تصب فيه نتائج هذا النشاط .

ولما كان الأمر كذلك فيعتبر الدائنون الجدد - الذين تنشأ ديونهم نتيجة الاستمرار فى تشغيل تارة المفلس - هم دائنون للمدين المفلس وليسوا دائنين لجماعة الدائنين ، لأن استمرار تشغيل التجارة يتم لحساب المفلس الذى مازل محتفظا بملكيته ، رغم غل يده عن إدارة

أمواله والتصرف فيها ، أما جماعة الدائنين فلا تملك شيئ . ولكنها تمارس سلطات خولها القانون أياها بوصفها تؤدى دور قانوني فى إطار نظام الإفلاس .

٦ - ويقتضي تفعيل تطبيق المادة ٦٤٥ من قانون التجارة المصري الجديد قيام المشرع بإدخال بعض القواعد الموضوعية والإجرائية اللازمة لتنظيم الاستمرار في تشغيل تجارة المفلس خلال الفترة التمهيدية ، حتي يمكن مواجهة المشكلات التي تنشأ عن هذا الإستمرار ، خاصة القواعد التي تنظم المركز القانوني للدائنين الجدد الذين تنشأ حقوقهم نتيجة الاستمرار في النشاط ، سواء كان ذلك نتيجة التصرفات أو الأعمال الجديدة التي يقوم بها أمين التفليسة ، أو نتيجة الاستمرار في تنفيذ العقود المستمرة التي أبرمها المدين ولم يتم تنفيذها قبل الحكم بشهر إفلاسه .

وعلى ذلك ينبغي أولا : تنظيم الاستمرار في تشغيل متجر المفلس عن طريق تأجير استغلاله إلى الغير . بشرط أن يتوافر في المستأجر الخبرة والكفاءة والقدرة على إدارته وإصلاح لحالته المالية . وينبغي في هذا المجال تشجيع تأسيس شركات متخصصة في مجال إدارة الأزمات المالية والمشروعات المتعثرة . وأن يكون المستأجر مستقلا عن المفلس على نحو يمنع الأخير من استخدام تأجير استغلال المتجر كوسيلة غير مباشرة للاستمرار في تشغيل النشاط لحسابه . هذا

بالإضافة تقديم المستأجر ضمانات كافية يتحقق من خلالها الحفاظ على حقوق المتعاملين معه ، والتأكد من جديته وقدرته على الوفاء بالتزاماته الناشئة عن الإيجار .

ثانيا : ينبغي أن يضاف إلي المادة ٦٢٣ من قانون التجارة الجديد ما يفيد أن أي شرط أو اتفاق يعتبر كإن لم يكن إذا كان من شأنه منع أمين التفليسة من طلب تنفيذ العقود الصحيحة المبرمة قبل شهر الإفلاس ، سواء كان شرطا فاسخا أو شرطا يقرر عدم قابلية العقد للتجزئة ، أو شرطا يخول الطرف الآخر حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.

ثالثا : إذا كان الرأي قد استقر على الاعتراف للدائنين الجدد (دائني جماعة الدائنين) بحق أفضلية يخولهم استيفاء ديونهم بالتقدم على الدائنين في جماعة الدائنين ، فإن ذلك جاء بإجتهاد من الفقه والقضاء الفرنسيين ، وتبعهم في ذلك الفقه والقضاء المصريين وقد رجحنا قيام هذه الأفضلية على أساس الاعتبارات العملية ذات المضمون الاقتصادى ، وما تفرضه قواعد العدالة ، لأن هؤلاء الدائنين الجدد نشأت ديونهم بسبب الاستمرار في تشغيل تجارة المفلس ، وهو ما يتم لمصلحة جميع الدائنين الذى نشأت ديونهم قبل صدور حكم الافلاس .
هذا بالإضافة إلى استنتاجنا من نص المادة ١/٦٩١ من قانون التجارة الجديد ، ومع ذلك ينبغي النص صراحة على عدم خضوع هؤلاء الدائنين لإجراءات الإفلاس وحقهم في استيفاء ديونهم فى ميعاد استحقاقها

والإعتراف لهم بحق أفضلية أو إمتياز عام على جميع أموال المدين ، وذلك في علاقتهم بالدائنين القدامي الذين نشأت ديونهم قبل صدور حكم الإفلاس . وذلك على غرار ما هو مقرر في القانون الفرنسي ، حتي يتم تشجيعهم على التعامل مع أمين التفليسة مما يساعد علي تحقيق الهدف من هذا الاستمرار في النشاط ، أما علاقة الدائنين الجدد بعضهم بعض فيمكن ترتيبهم علي نحو ما فعل المشرع الفرنسي أيضا في المادة ٤٠ من القانون ٩٨ لسنة ١٩٩٤ ، لأن المشرع الفرنسي ضمنها خلاصة التجارب وآراء الفقه والقضاء السابقة علي صدور هذا القانون .

رابعا : ينبغي أن يتضمن التنظيم تحديد مصير هذه الديون الجديدة ومصير الأولوية المقررة لها عند انتهاء حالة الإفلاس سواء بالصلح أو بالإتحاد . وفي حالة الصلح يجب الإحتفاظ لهذه الديون بأولوية بشرط شهرها مع الصلح . أما فى حالة الاتحاد فقد نظم المشرع المصرى هذه الأولوية بموجب المادة ١/٦٩١ من قانون التجارة الجديد ، تحت ما يسمي بديون دائني جماعة الدائنين [١].

٧- ولا شك في أن نجاح الاستمرار في تشغيل متجر المفلس يتوقف على وضع تنظيم دقيق لمهنة أمناء التفليسات،وهو ما نصت عليه المادة ٣/٥٧١ من قانون التجارة الجديد ، ولكنه لم يصدر حتى الآن .

---

(١) راجع فى نقد هذه التسمية ، ما سبق ، رقم ١٤٢.

ويجب أن يشترط فيمن يتقدم لمزاولة هذه المهنة أن يكون حاصل على مؤهلات علمية متعلقة بإدارة المشروعات المتعثرة وإدارة الأزمات، بالإضافة إلي دراسات قانونية تخدم مجال العمل ، فضلا عن اجتيازهم لدورات تدريبية ومراحل إعداد فني علي إدارة المشروعات . وأن يتم ذلك في إطار كيانات قانونية قادرة من الناحية المالية والاقتصادية على النهوض بهذا النوع من المشروعات،كما يقتضي الأمر فرض رقابة حقيقية وفاعلة على عمل أمناء التفليسات وذلك من خلال قاضي متخصص ومتفرغ للقيام بهذا العمل ، ولا يمارسه كعمل إضافي إلى جوار عمله كعضو في محكمة الإفلاس ،لأن ذلك يجعل إشرافه ورقابته على أعمال أمين التفليسة أمرا شكليا،وتبقى كل أمور التفليسة فى يد أمينها .

قائمة بأهم المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

د/أحمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون ، نظرية الحق ، طبعة ١٩٦٩ ، دار النهضة العربية القاهرة .

د/ أحمد محمد محرز ، العقود التجارية والإفلاس ، القاهرة ٢٠٠١ ، بدون ناشر .

د/ ثروت حبيب ، دروس فى القانون التجارى ، طبعة ١٩٨٩ ، المنصورة .

د/ جمال عبدالمحسن ، مسئولية البنك التقصيرية بصدد فتح الاعتماد ، رسالة ، كلية الحقوق جامعة أسيوط ، ١٩٩٣.

د/ حسن الماحى : أحكام الإفلاس ، الطبعة الأولى ٢٠٠٠. دار النهضة العربية ، القاهرة

د/ حسني المصري : القانون التجاري ، الإفلاس ، الطبعة الأولى ١٩٨٨ بدون ناشر .

د/ رضا عبيد : القانون التجارى ، العقود التجارية والأوراق التجارية وعمليات البنوك والإفلاس ، الطبعة الخامسة ١٩٨٤، بدون ناشر.

د/ سعيد محمد السعيد الهياجنة ، آثار حكم شهر الإفلاس علي حماعة الدائنين ، طبعة ١٩٩٢ ، بدون ناشر .

د/ سليمان مرقص ، شرح قانون إيجار الأماكن ، الطبعة الثامنة ، ١٩٨٣ دار النهضة العربية . القاهرة .

د/ سميحة القليوبى ، المحل التجاري ، طبعة ٢٠٠ ، دار النهضة العربية القاهرة .

د/ عبد الرافع موسي ، نظام الإفلاس بين الإلغاء والتطوير ، طبعة ٢٠٠١ ، دار النهضة العربية القاهرة .

د/ عبد الرازق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، جـ٦ ، المجلد الأول ، طبعة ١٩٨٨ تنقيح المستشار مصطفي محمد الفقي ، دار النهضة العربية القاهرة .

د/ عبد الرازق السنهوري الجزء الأول : العقد ، طبعة ١٩٨١، دار النهضة العربية القاهرة.

د/ عبدالفضيل محمد أحمد ، القانون التجارى ، العقود التجارية والإفلاس وعمليات البنوك ، طبعة ١٩٩١ ، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة .

د/ على البارودى ، د/ محمد فريد العرينى ، القانون التجارى ، الجزء الأول (الأوراق التجارية والإفلاس) طبعة ٢٠٠٠ ، دار المطبوعات الجديد ة ، الاسكندرية .

د/ على الزينى بك ، أصول القانون التجارى ، الجزء الثالث (الإفلاس) الطبعة الثانية ١٩٤٦ ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة .

د/ على جمال الدين عوض ، الإفلاس فى قانون التجارة الجديد ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر .

د/ علي حسن يونس : الإفلاس ، طبعة ١٩٥٨ ، مطابع دار الكتاب العربي بمصر ، طبعة ١٩٩٢ ، مطبعة جامعة عين شمس .

د/ علي حسن يونس ، المحل التجاري ، طبعة ١٩٧٤ ، دار الفكر العربي القاهرة .

د/ علي سيد قاسم : شرط الإحتفاظ بالملكية ونظام الإفلاس ، طبعة ١٩٩١ ، دار النهضة العربية القاهرة .

د/ عماد الشربينى ، القانون التجارى ، الكتاب الثانى ، أعمال البنوك والأوراق التجارية والإفلاس ، طبعة ١٩٩٩ - ٢٠٠٠، بدون ناشر

د/ فاروق أحمد زاهر ، نظام الإفلاس فى القانون المصرى ، بين تقنينى

التجارة القديم والجديد ، " دراسة انتقادية مقارنة فى آثار الافلاس " طبعة ٢٠٠٣ ، دار النهضة العربية القاهرة .

د/ فايز نعيم رضوان ، القانون التجارى (العقود التجارية وعمليات البنوك والأوراق التجارية والإفلاس ، الطبعة الرابعة ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

د/ فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، طبعة ١٩٨١ ، دار النهضة العربية القاهرة .

د/ محسن شفيق ، القانون التجاري المصري ، الجزء الثاني في الإفلاس ، الطبعة الأولى ١٩٥١ ، مطبعة دار نشر الثقافة بالاسكندرية .

د/ محمد بهجت قايد : عمليات البنوك والإفلاس ، الطبعة الثانية ٢٠٠٠ ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

د/ محمد سامي مدكور و د/علي يونس : الإفلاس ، بدون سنة نشر ، دار التعاون للطبع والنشر (الجمعية التعاونية) .

د/ محمد صالح : شرح القانون التجارى ، الأوراق التجارية وأعمال البنوك والافلاس ، الجزء الثانى ، الطبعة الثالثة ١٣٥٢هـ - ١٩٣٤ م ، مطبعة النهضة بمصر .

د/ مصطفي كمال طه : القانون التجاري ، الجزء الأول ، طبعة ١٩٨٢ ، منشأة المعارف بالاسكندرية .

د/ مصطفي كمال طه القانون التجاري ، الجزء الثاني ، طبعة ١٩٨٠ . منشأة المعارف بالاسكندرية .

د/ محمود سمير الشرقاوي : القانون التجاري ، الجزء الأول ، النظرية العامة للمشروع ، طبعة ١٩٨٢ ، دار النهضة العربية القاهرة ، والجزء الثانى ، مصور من طبعة ١٩٨٤ ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

د/ محمود مختار أحمد بريرى ، قانون المعاملات التجارية ، الجزء الثانى ، الإفلاس والأوراق التجارية ، طبعة ٢٠٠٠، دار النهضة العربية ، القاهرة .

المراجع باللغة الفرنسية :

brunt ANDRÉE , Masse de créanciers et créanciers de la masse , thèse, Nancy II ,1973.

CABRILLAC m., Note sous cass com . 27 Octobre 1964, D, 1965. P. 129 .

CHARBOIS Odile , la poursuite de l'exploitation dans la loi du 25 Janvier 1985 sur le redressement et liquidation judiciaire et ses decret d'application ,thèse , Paris 1, 1990.

DAIGRE J.J , L'entreprise pandant la periode d'observation , Rev , jurispridendce , com .,fevrier 1987 , No speciale , P.11 .

DELEBEQUE philippe , poursuite d'activité , juris - classeur , commercial , Fase . 2325 .

DELEBEQUE philippe , Administration de l'entreprise , juris - classeurs, Fase commercial , 2330 .

DERRIDA , Note sous cass .com . 7 Navembre 1990 , D. 1992 , somm .,N . 254 .

GRANGER , Note sous cass . com . 17 Janvier 1956, J.C.P.1956 , II, N. 9601 .

GUYON yves , Droit des Affaires , Tom . 2 , éd . 6 , Economica .

HENAFF Jean - Luc , la continuation des contrats dans la faillite , thèse , Metz, 1983 .

HENAFF Jean - luc , continuation des contrats en cours , Juris - classeurs , commercial , Fasc . 2335 .

HARDOUIN Michel , la continuation de l'exploitation dans les procédures de règlement de la situation des entreprises en difficulté , thèse , Rennes , 1975 .

HONORAT A. la masse des créanciers dans liquidation des biens ou le réglement judiciaire du débiteur, Melanges , A..Audinet , P . 245 .

HOUIN , Note sous cass , com 27Octobre 1964 , Rev . tri. dr , com . 1965, P.183, N. 29 .

HOUIN et le GALL , Note sous , cass, com 17 Mars 1975 , Rev tri, dr , com . 1975 , P.637 .

JENANTIN Mechel , Droit commerial , istruments de paiement et de crédit , entreprises en difficulté , éd . 4 Dalloz , 1995 .

JOUFFIN Emmanuel , le sort des contrats en cour dans les entreprises soumises à une procédure collective , L.G.D.J. , 1998.

LUCAS M., le patrimoine de la masse des créanciers , Rev , tri. dr . com . 1969 , P . 891 et s .

leon RiGOT - MullER , L'exploitation du commerce pandant la Faillite , thèse , lyon , 1934 .

MONTREDON jean - francais , la théorie générale du contrat à l'epreuve du nouveau droit des procédures collectives , J.C.P., éd . N., 1989 , I, Doctrine , P. 25 et s .

PETEL philippe , le sort des contrats conclus avec l'entreprise en difficulté , J. C.P. , éd . G. , 1992 , I ,Doc ., P . 126 .

PRIEUR Jean , location - gérance , juris - classeurs , commercial . Fascule 2345.

RIPERT G. et ROBOLOT R. , traite de droit commercial , tome 2 , éd . 15 , par PHILIPPE DELBECQUE et GERMAN Michel .

SAINT - ALARY Bertrand , créances nées après le jugement d'ouverture , juris - classeues, commercial , Fasc . 2340 .

SAINT- ALARY - HOUIN corinne , Droit des entreprises en difficulté , ed. 2, 1996 , Montchrestien .

- la repartition des pouvoires au cours de la période d'observation , Rev. procédures collectves , 1990 , I, p. 3 et s.

الفهرس

رقم الإيداع بدار الكتب
٢٠٠١/١٧٣٣٢

الترقيم الدولي
977-04-3627-5